

INFORMAR para CONSENTIR

Responsabilidad del médico



**Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz**

INFORMAR
para
CONSENTIR

Responsabilidad del Médico



Edita

icomBA (Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Badajoz)

Coordinador

Hidalgo Fernández, Pedro

Autores

Casado Blanco, Mariano.

De Lorenzo i Montero, Ricardo.

Del Moral García, Antonio.

Galán Cáceres, Juan Calixto.

Gil Nieto, Rafael.

Guerrero Zaplana, José.

Hernández Gil, Ángel.

López García, Petra.

Murillo Solís, Raquel.

Rodríguez Fernández, Ricardo.

Segura Grau, José María.

Imprime

INDUGRAFIC, Artes Gráficas, S. L.

Depósito legal

BA-375-2013

ISBN

978-84-695-7942-8

*A D. Ricardo de Lorenzo i Montero,
que nos enseñó el interés de cumplir y
hacer cumplir derechos y obligaciones.*

ÍNDICE

PRÓLOGO

Pedro Hidalgo Fernández.

Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz09

“EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE”

1.- INTRODUCCIÓN

Juan Calixto Galán Cáceres

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Badajoz15

2.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE.

IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA.

Mariano Casado Blanco.

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA y

Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.23

3.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES E INCAPACES.

SU NORMATIVA LEGAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Antonio del Moral García.

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo44

4.- LOS FACULTATIVOS ANTE EL RIESGO DE RECLAMACIONES LEGALES EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE.

Ricardo de Lorenzo y Montero.

Abogado y Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario60

5.- PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LAS PRODUCIDAS EN LA SANIDAD PÚBLICA.

José Guerrero Zaplana.

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo71

“RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO”

6.- RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR INFRACCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Ricardo Rodríguez Fernández.

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 16. Madrid91

7.- CAUSAS DE RESPONSABILIDAD POR MALAPRAXIS MÉDICA.

Angel Hernández Gil

Médico. Jefe de Servicio de Clínica del Instituto de Medicina legal de Jaén107

8.- LA HISTORIA CLÍNICA COMO PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL POR RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Mariano Casado Blanco.

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA

y Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.147

9.- EL DAÑO Y SU INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Raquel Murillo Solís

Abogada. Subdirectora General de AMA.165

“EJERCICIO Y RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO”

10.- RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL MÉDICO/ RESPONSABILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO

José María Segura Grau

Magistrado. Sala de Lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.179

11.- INSPECCIÓN MÉDICA ANTE LOS CASOS DE MALPRAXIS MÉDICA/RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

Petra López García

Médico. Inspectora.199

12.- RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN EL ÁMBITO CIVIL.

Rafael Gil Nieto

Abogado. Asesor Jurídico del Ilustre Colegio Oficial

de Médicos de la provincia de Badajoz (icomBA)215

13.- LOS COLEGIOS DE MÉDICOS ANTE LAS MALPRAXIS MÉDICAS/RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA.

Mariano Casado Blanco.

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA y

Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.237

PRÓLOGO

Pedro Hidalgo Fernández

Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz

Informar es dar noticia de algo, sería enterar de un asunto de su competencia.

Consentir es permitir algo o condescender en que se haga, sería el autorizar o tolerar alguna acción.

Precisamente en estos dos pilares está basada la LEY 41/2002 que se centra en la información sanitaria y la autonomía del paciente. En pocas palabras: el médico informa y el paciente consiente. El médico cumple con su deber y el paciente ejerce su derecho. Se rompe el ejercicio profesional basado en el paternalismo y otorga al enfermo el eje del Sistema Sanitario. Es él, una vez informado y comprendiendo las actuaciones que se van a realizar relativas a su salud el que da su conformidad.

Ejercer este derecho no debe ser interpretado por nuestra parte como una judicialización de la práctica médica ni debemos entenderlo como una desconfianza ante nuestra labor. Al contrario, tenemos que comprender y aceptar que el acto médico es un acto jurídico pactado entre dos partes cada una de ellas amparadas por la ley.

Encontramos siempre entre nuestros colegas el amor por la ciencia y por sus avances y los vemos centrados en la formación continuada de su especialidad, y con frecuencia ignorantes de las más elementales leyes que ordenan su ejercicio profesional, no otorgándole el valor que tienen excepto cuando existen litigios y demandas.

Cuánto bien haremos los Colegios Profesionales en poner luz en estas penumbras del conocimiento facilitando por una parte y obligando por otra al cumplimiento de leyes y Códigos de Ética y Deontología.

Nuestro Colegio de Médicos de Badajoz entiende esa necesidad que viene recogida en nuestros estatutos como un mandato y ha querido tener a un grupo de los mejores expertos con Don Ricardo de Lorenzo a la cabeza como Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario, en jornadas de formación e información; y fruto de ellas nace este magnífico libro de lectura y cumplimiento obligado por y para el bien de todos.

No sólo debemos tratar la enfermedad sino que además tenemos que hacerlo con el respeto a los derechos que asisten al ciudadano enfermo.

Paciente autónomo y médico responsable. Paciente que consiente y médico que informa harán una alianza de derechos y obligaciones.

“EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE”

INTRODUCCIÓN

Juan Calixto Galán Cáceres
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Badajoz

Se me encargó por parte del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, a través de su presidente don Pedro Hidalgo, el diseño y la coordinación de una jornada que versara sobre un tema tan actual e interesante como resulta ser el consentimiento informado del paciente, también llamado derecho a la información documentada como muchos autores señalan y la propia jurisprudencia recoge.

Debo significar con franqueza que no me fue excesivamente difícil realizar el cometido asignado, ya que mi dedicación al Derecho Sanitario como rama específica del ordenamiento jurídico, en una materia que me apasiona y en la vengo profundizando hace ya algunos años, me ha permitido, y lo digo con sincera modestia, conocer y tratar personal y profesionalmente a insignes e ilustrados Ponentes sobre los que no me cabía ninguna duda iban a desarrollar los apartados encomendados (como así ha sido), con extraordinaria brillantez.

En lo que respecta al contenido de la Jornada y cuyas Ponencias se explicitan a continuación, es preciso significar que en el ámbito de esta pequeña obra se recoge la primera parte de una proyección integral sobre el consentimiento informado, de modo que en una segunda se abordan las situaciones de conflicto en relación con los casos especiales del consentimiento informado del paciente que tuvieron lugar en otra jornada separada a las cuatro potencias iniciales.

Comenzamos con una visión de carácter facultativo y con una óptica general pero imprescindible respecto de lo que es el consentimiento informado en la práctica diaria del actuar médico, así como una mirada crítica y muy interesante en los perfiles de apreciación del facultativo, capítulo que fue desarrollado por don Mariano Casado, médico forense, profesor de medicina legal de la Universidad de Extremadura y presidente del Comité de deontología del Colegio de Médicos de Badajoz.

La aportación del Dr. Casado es sin duda un punto de partida imprescindible para abordar posteriores cuestiones que no serían imaginables sin su exposición. En este sentido, comienza recordando Don Mariano la necesidad del reciclaje y la puesta a punto profesional, añadiendo por mi parte que en un ámbito científico como la medicina se me antoja imprescindible para el profesional facultativo es esfuerzo diario por no quedarse atrás en el apasionante mundo del conocimiento. Se explica con especial sensibilidad por el autor el paso del paternalismo médico al escenario actual de los derechos del paciente y de la normativa jurídica, del paso y evolución del *“ Doctor ¿ Que es lo que tengo?... al “ Mire paciente, a continuación le explico...”* y muy especialmente a través de la regulación de la ley reguladora de la historia clínica y autonomía del paciente, ley 41-2002 del 14 noviembre, donde se aborda con maestría por el ponente las características del consentimiento informado, el contenido del mismo, el derecho a la información desde una perspectiva comprensiva para el paciente, con un planteamiento minucioso respecto algunos casos especiales de consentimiento, como sucede con incapacitados, así como una mirada desde la deontología profesional, de la que sin duda, por su especial dedicación a la materia, merece la pena su atención. La información por parte del facultativo de los riesgos

en los actos médicos e intervenciones quirúrgicas, así como una especial alusión a la llamada información terapéutica y sus excepciones, conforman el final de su exposición.

Nos queda patente a través de la Ponencia del Dr. Casado, que no sólo hay que saber sino convencer, y ello lo realiza este médico forense con una naturalidad tan encomiable como difícil de conseguir. Por ello recomendamos encarecidamente la lectura detenida de su relato.

Don Antonio del Moral, Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, muchos años Fiscal y siempre Fiscal, hombre de gran talento y jurista de muy reconocido prestigio, profundiza en la problemática siempre compleja y arriesgada del consentimiento en los casos de menores e incapacitados, donde tras unas palabras introductorias entra de lleno en la normativa legal aplicable a estos casos, analizando con singular capacidad expositiva y de modo simplificado los distintos supuestos que la regulación normativa contempla, para que los médicos puedan realizar su trabajo desde la perspectiva del consentimiento del modo más adecuado posible, recalando en los casos de renuncia y representación del incapaz, así como en todos aquellos supuestos urgentes donde el ámbito del consentimiento informado se reduce de modo considerable, para continuar desmenuzando las complejas situaciones del incapaz y del menor maduro, distinguiendo entre aquellas actuaciones facultativas de carácter obligatorias de las permisibles y otras prohibidas, que son sin duda toda una referencia en las actuaciones sanitarias del día a día, y representa un espejo francamente apropiado donde mirar esta realidad tan especial para los profesionales médicos.

La problemática de las transfusiones sanguíneas en los miembros de la confesión religiosa Testigos de Jehová ha representado muchos dolores de cabeza para los profesionales de la medicina en su actuación facultativa. El ponente analiza con generosidad las aristas muy discutibles de la famosa sentencia de julio del año 2002 del Tribunal Constitucional donde se concedía el amparo a los recurrentes condenados penalmente por homicidio doloso en el Tribunal Supremo y padres de un menor que falleció como consecuencia de la no realización de una transfusión sanguínea. Debo reconocer aquí mi respetuosa discrepancia con el señor Del Moral en su valoración de la sentencia que la estima correcta y ponderada, partiendo de que los padres del menor fallecido se aquietaron a la resolución judicial que ordenaba la transfusión sanguínea. Humildemente comparto más bien los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendía que a los padres del menor, precisamente por eso, por ser los padres de un menor, les era exigible una conducta francamente más activa para que la transfusión se hubiera efectivamente practicado, y no una búsqueda de otras alternativas médicas y terapéutica que finalmente fueron estériles y no llegaron a buen puerto. Por ello, los padres –insisto- la perspectiva del Tribunal Supremo, compartida por quien suscribe estas consideraciones, era impecable en cuanto a la posición de garante, que en derecho penal significa lo mismo que tener la obligación ineludible de actuar ante un evento lesivo o dañoso, como en este caso sucedía donde estaba en juego la vida del menor.

Este controvertido tema de las transfusiones sanguíneas, se estudian también en relación con la Circular 1-2002 de la Fiscalía General del Estado en relación con los supuestos de riesgos graves y menores de edad, analizando de modo sintético pero muy acertado, la realidad de los bienes en conflicto. Para concluir el ponente realiza unas consideraciones en relación con el aborto de menores, que sin duda también merecen una lectura detallada.

A continuación Ricardo de Lorenzo, gran personalidad internacional en el mundo derecho sanitario y que tanto nos ha aportado a esta rama del ordenamiento jurídico no sólo con la organización y dirección de los 19 congresos nacionales de derecho sanitario, sino también con una multitud de publicaciones específicas sobre problemas y aspectos interesantes del derecho sanitario que han arrojado brillante y primera luz a oscuridades y lagunas que con frecuencia la normativa legal comporta. Así, se ocupó de penetrar en el real escenario del consentimiento y de la información documentada. El Ponente nos recuerda con su ejemplar literatura los orígenes del consentimiento informado a través del proceso de Nuremberg y las barbaridades que con ese pretendido espíritu científico realizaron los nazis en los seres humanos, abordando igualmente – y en ello estoy en absoluto de acuerdo-, como precisamente el consentimiento informado no surge normativamente por el impulso irresistible de una demanda social insistente, como ha ocurrido con la mayoría de las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico, sino más bien al revés. En nuestra opinión, compartida con tan célebre autor, el consentimiento informado surge desde dentro, desde el mundo sanitario, como una reflexión científica necesaria que debe garantizar los derechos del paciente.

Ricardo de Lorenzo, liga, como no puede ser de otro modo, el consentimiento informado al ejercicio definitivo y voluntario de la llamada normativamente “autonomía del paciente”, y lo hace de manera espléndida relacionando el ejercicio del consentimiento informado con el derecho a la información que tiene el paciente, pero no desde una perspectiva vacua, formalista o para salir del paso, sino de un modo efectivo, certero, ilustrado y de real información al paciente, avanzando con profundidad las reglas y requisitos para que el consentimiento vaya absolutamente de la mano con el derecho real a la información de la persona que está en presencia, para que pueda libre y comprensivamente aceptar o negar un determinado un determinado acto, tratamiento médico o intervención quirúrgica, exponiendo la realidad activa del consentimiento, y de modo muy especial el contenido del documento donde se suministra la información, que no puede ser ni demasiado ancho, ni excesivamente estrecho, sino real, ajustado a los riesgos más comunes para el paciente y en definitiva, que él mismo antes de decidir personalmente y en el ejercicio de su autonomía, tenga la certeza de estar bien informado en relación con aquello que el médico le está proponiendo de modo concreto y determinado.

El Letrado, Profesor y Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario, se ocupa de analizar las condiciones de la información, que constituye un apartado especial en el actual de los profesionales médicos, incidiendo en la tremenda impor-

tancia que ha vivido últimamente el consentimiento informado. Finalmente, -y entiendo que es todo un regalo para los facultativos- por la trascendencia de su aportación, De Lorenzo finaliza con 10 conclusiones finales, que al margen de ser un desideratum respecto al buen ejercicio profesional en el apartado del consentimiento y de la información al paciente, representa para los facultativos una muy buena guía de actuación para evitar no sólo reclamaciones eventuales de pacientes insatisfechos, sino también una referencia acorde con las exigencias actuales.

La primera Jornada del Consentimiento Informado del paciente tuvo su brillante colofón con la intervención del Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo D. José Guerrero Zaplana, especialista en lo Contencioso Administrativo, y que ha desempeñado su cometido profesional en la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Sala 3ª), para recalcar en la actualidad en el principal órgano técnico del Tribunal Supremo.

Confieso a los lectores que personalmente siento una enorme admiración por este profesional del derecho por sus apreciaciones en estos vericuetos del derecho sanitario. He tenido el placer y la fortuna de compartir programa en varias ocasiones en el Congreso Nacional de derecho sanitario y siempre me llamó la atención respecto del Ponente su claridad expositiva y su agudeza en la interpretación de la realidad, es decir en la lectura comprensiva de las sentencias y resoluciones de los juzgados y tribunales, que en mi modesta opinión lo convierten en un excelente cronista jurisprudencial del que sin ninguna se beneficiarán los lectores de su aportación.

José Guerrero se preocupa de hacer un recorrido por los posicionamientos jurisprudenciales en relación con la materia del consentimiento informado del paciente, que ciertamente no son demasiado pacíficos. En relación con los procedimientos de reclamación y de responsabilidad de la administración pública, comienza su exposición abordando las diferentes alternativas en función de si se ha prestado o no adecuadamente el consentimiento del paciente y se ha desarrollado de modo correcto la información al mismo. En ese sentido realiza un certero análisis de aquellos casos donde no ha habido consentimiento informado y lamentablemente el paciente ha sufrido algunos de los riesgos que tenía la intervención médica aunque la *lex artis* haya sido correctamente aplicada. En estas sentencias, que afortunadamente para los médicos no han tomado cuerpo de naturaleza en la jurisprudencia, los médicos asumían precisamente el resultado de los riesgos ocasionados al paciente como consecuencia de no haber informado de los mismos. A continuación el ponente expresa la valoración jurisprudencial de la falta de información, determinando una extraordinaria variedad de situaciones que pueden concurrir en la realidad médica respecto a la intrínseca relación *lex artis*- consentimiento informado, incluso en su valoración como daño moral o riesgo que asume el facultativo si no procede a informar adecuadamente.

El autor profundiza en la tesis que poco a poco va tomando asiento en el Tribunal Supremo, en el sentido de que sólo se procederá por parte de la administración

sanitaria a indemnizar en aquellos supuestos médicos donde la falta de consentimiento informado al paciente realmente se haya producido un daño al mismo, y en sentido contrario no serían indemnizados de aquellas actuaciones médicas que pese a no haber sido bien informadas, no hubieran generado daño alguno. En este sentido el Magistrado Guerrero ilustra esta posición del Tribunal Supremo con varias sentencias que ciertamente determinarán que el lector comprenda de modo más fácil el planteamiento de nuestro alto tribunal. Pero razona y se pregunta el autor que es lo que sucedería si por parte del profesional facultativo se actuara con total desprecio de su deber de información al paciente pese a que el mismo se hubiera restablecido en su salud como consecuencia de la intervención facultativa sin que se hubiere ocasionado ningún daño. ¿Estaría ausente cualquier tipo de indemnización? En palabras del autor, que comparte también el que suscribe este apartado, esta negligente omisión si debe dar lugar a indemnización a través de la vía de la determinación del daño moral, es decir en el menoscabo de su importante derecho a la información que ha sufrido indebidamente el paciente por el defectuoso comportamiento del profesional médico, y desligado claramente del daño físico, que no existió.

El autor con ánimo sintético, y de modo francamente ilustrativo, razona hasta cuatro posibilidades en relación con los actuales planteamientos del consentimiento informado respecto a las eventualidades que pueden ocurrir según concurra consentimiento o no en el paciente, o se produzca o no daño en el mismo. Se ocupa igualmente el ponente de analizar la sentencia del Tribunal Supremo donde se produjo la amputación de de unas falanges necrosadas de una persona que había sufrido graves quemaduras con falta de consentimiento del paciente, y que fue curado de sus heridas porque la amputación era imprescindible, para seguir razonando sobre aquellos casos donde incluso sin daño, en algunas ocasiones la ausencia de consentimiento tiene una traducción indemnizatoria como consecuencia del daño moral sufrido por el paciente, valorando además que la prestación adecuada del consentimiento es una obligación que pertenece a la "lex artis ad hoc" para el médico. Se aborda de igual modo las conclusiones establecidas en la sentencia número 37-2000 del Tribunal Constitucional en relación con el consentimiento informado, para finalizar con el planteamiento de las sentencias más recientes, y las conclusiones que se pueden establecer sobre las mismas. Termina el autor razonando sobre la muy difícil cuestión de la valoración económica en los casos de inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado del paciente.

Para concluir esta introducción, preemítanme expresarles por mi parte que el consentimiento personal está directamente ligado a la dignidad humana. Es sabido que los bienes más valorados por las personas son el derecho a la vida y el derecho a la integridad física. Partiendo de ellos, se abre el abanico de otros derechos individuales y colectivos, pero el derecho a la salud (también de protección constitucional) en una sociedad moderna y tecnificada, alcanza su máxima expresión en la libertad de decidir el paciente sobre aquello que entiende que le conviene, y negar lo que no acepta por las razones que tenga por conveniente.

Como señala la Profesora de Derecho Constitucional Fuencisla Alcon Yustas en una obra de la editorial aranzadi sobre un Curso sobre el avance de la medicina y el avance del derecho en un curso que tuve el placer de asistir en la Universidad de Comillas de Madrid en el año 2.008, " *cuando el paciente ejerce derechos que afectan a la vida, y por tanto a la muerte, es un ser humano indefenso, vulnerable, que necesita la máxima protección jurídica y social, para que en ninguna circunstancia pueda producirse indefensión*".

Efectivamente, en esta línea concluyo que el consentimiento informado del paciente representa un derecho-deber del paciente y del médico, que correctamente ejercitado constituirá una verdadera piedra angular en la óptima relación del médico con el paciente.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

Mariano Casado Blanco

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA y
Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.

INTRODUCCIÓN

La extensión y el siempre complicado mundo sanitario en general y del médico, en particular, exigen de conocimientos no solamente técnicos o científicos sino también del manejo en cuestiones legales y éticas, que tantas dudas y dilemas plantean en la práctica diaria.

De ahí que la formación médica sea primordial para que el médico adquiriera, mantenga y mejore competencias profesionales en determinadas áreas de capacitación como conocimiento (saber), habilidades (hacer), actitudes (sentir), valores (propiedades del "ser") y desempeños, para seguir desarrollando su ejercicio profesional de forma competente¹. La formación médica tiene como principal misión la de capacitar en las competencias que se requieren para atender las necesidades de salud y promover la mejora continua en la atención sanitaria.

Al referirnos al Consentimiento Informado, quizás haya que indicar que se trata de uno de los temas de mayor interés en el mundo del Derecho Sanitario, tan es así, que muchos casos de responsabilidad profesional médica están relacionados de una u otra manera con el consentimiento informado. Se ha convertido en el centro de la relación médico-paciente, que pasó del clásico principio de beneficencia al principio de autonomía.

Actualmente no se concibe el realizar un acto médico sin que previamente se recabe el consentimiento, cuestión que presupone, para el médico, que además del conocimiento del paciente y sus aspectos patológicos, debe tener claridad de ideas en cuanto a las bases legales y éticas que lo regulan, tanto en su contenido, extensión y formalización del mismo.

Pero al mismo tiempo, hay que tener presente que no puede haber consentimiento del paciente si este previamente no ha sido informado. Hoy en día se quiere y se exige una relación informada y compartida, que tiene su fundamento en el principio de autonomía del paciente, cuya finalidad es que el paciente se sienta, al igual que el médico, protagonista de su propio proceso asistencial.

DEL PATERNALISMO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

La asimétrica relación médico-paciente, como modalidad especialmente singular de relación humana, y reconocida como la relación más importante de todas las que se establecen en el mundo sanitario², estaba regulaba hasta no hace mucho tiempo por el denominado "*principio de paternalismo*", donde lo primordial era un trato individual y basado en la actuación que realizaba el médico en beneficio del paciente, mediante el cual éste desempeñaba el papel de padre, y el enfermo, del latín "*in-firmus*", "sujeto falto de firmeza", era considerado como persona desvalida, sin firmeza, ni posibilidad de decidir por sí mismo, con lo que el propio médico asumía la decisión.

En esta relación, el “*enfermo*” se ponía a disposición del médico y éste sin muchos compromisos en cuanto a la autonomía, aplicaba las terapias que consideraba más adecuadas ante la situación de necesidad e impotencia, tanto biológica como moral del “*enfermo*”.

Este modelo de paternalismo, en la relación entre médicos y pacientes, se impuso desde la denominada “*medicina hipocrática*” allá por el siglo V a. de C. hasta mediados del pasado siglo XX. Diego Gracia señala que “*el paternalismo es una constante a lo largo de toda la historia de la medicina. Cuando el médico actúa como un monarca paternal, tratará a sus súbditos, los enfermos, como a seres pasivos a los que procura el bien como a los niños*”³

Sobre el paternalismo médico mucho se ha escrito pero, en líneas generales su fundamento lo era en base a elementos esenciales como el conocimiento científico, la buena voluntad y el buen hacer del propio médico. También es cierto que no implicaba la exigencia de resultados concretos, solamente los correctos servicios, fundamentados en que la intención del médico era hacer el bien y no causar el mal del paciente.

No es el momento de reflexionar acerca de si el paternalismo médico fue o es bueno o por el contrario malo y en su caso hasta donde se debían establecer sus límites, pero sí es básico el conceptualizarlo, para saber de qué estamos hablando. Para ello, siguiendo a Gerald Dworkin, profesor de filosofía en la Universidad de California y gran estudioso del paternalismo legal nos aporta una definición, que considero muy ilustrativa, acerca de la esencia del paternalismo, indicando que se trata de “*la interferencia con la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el propio bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada*”⁴

Según esta definición y pasando al plano médico-paciente, un acto es paternalista con respecto a un paciente si supone una interferencia y restringe la libertad del propio paciente, exclusivamente motivado por su propio bien y sin consideración de la propia voluntad del paciente.

A partir del último tercio del siglo XX, tanto la evolución social como las aportaciones de la ética y el derecho, modificaron esta tendencia ancestral, y comenzó a acentuarse y potenciarse paulatinamente, la autonomía del enfermo y sus derechos personales en el ámbito de la relación sanitaria y con ello, su derecho a la información y al rechazo de un tratamiento, la exigencia del consentimiento informado, etc.

A partir de ese momento, la toma de decisiones, sobre todo lo relacionado con la enfermedad, ya no era una cuestión básicamente unilateral sino que pasaba a ser una cuestión compartida entre médico y paciente, convirtiéndose en el eje de cualquier intervención en el ámbito de la salud. Esta realidad conlleva la exigencia de es-

tablecer un proceso de deliberación con el propio paciente, para así poder llegar a conocer la coincidencia entre lo que el médico entiende como mejor para el paciente y lo que el paciente entiende como mejor para su persona. De este modo, aparece uno de los aspectos más innovadores, como es el Consentimiento Informado, constituyéndose como el modelo de relación éticamente vigente en la actualidad y como bien indica el Profesor Villanueva Cañadas es el "corolario de una relación médico paciente basada en la mutua confianza y no como una prueba documental que nos exima o exculpe de una responsabilidad profesional"⁵.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Para entender cómo ha influido, en la sociedad actual, la incursión del Consentimiento Informado, podemos hacer mención a dos artículos muy ilustrativos. El primero, hace referencia a la entrevista a Paolo Cattorino, profesor de Bioética en la Facultad de Medicina de Varese y miembro del Consejo Nacional italiano de Bioética que fue publicado hace ya algunos años en la Revista *Le Science*, concretamente en enero de 1999, pero que dado su contenido considero interesante referenciarlo. En él, el profesor Cattorino indicaba que, en base a una encuesta realizada por los estudiantes de su Universidad, resultaba que el 67% de los pacientes veían el Consentimiento Informado como una garantía de tutela jurídica para el médico, y no para el paciente⁶.

El segundo artículo, nos sirve para apreciar cómo se ha asumido el papel del Consentimiento Informado por parte de algunos médicos. Para ello, es igualmente significativa la carta de un lector del *Bolletino dell'Ordine Provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri*:

"Hace poco he adquirido una casita en el campo. En el momento de firmar el contrato, el arquitecto me ha ilustrado sobre todos los riesgos potenciales a los que estaremos expuestos mi familia y yo al habitarla. No son todavía conocidos en su totalidad los efectos de la inhalación de los vapores desprendidos de la pintura de las paredes, de los paneles solares podrían emanar sustancias radiactivas, la instalación eléctrica o de teléfono podrían producir ondas electromagnéticas nocivas para la salud. El arquitecto me ha hecho firmar un Consentimiento Informado en el cual he tenido que declarar que soy consciente de los riesgos que encontraré cuando habite la nueva casa. No escondo que he perdido parte del entusiasmo que tenía para ir a habitarla.

También en la carnicería la vida se ha complicado. Pablo, mi carnicero de siempre, el que me separaba los mejores filetes para mis hijos cuando eran pequeños, después de haberme informado de los riesgos de tomar la carne de vaca debido a la consabida enfermedad de las vacas locas, me ha hecho firmar cinco modelos de Consentimiento Informado para poder comprar dos filetes. Después de leer atentamente

lo que estaba escrito, mi mujer y yo hemos decidido no comer la carne. (...) Ciertamente que ahora la vida es más dura para todos: no sólo los médicos deben explicar lo que hacen, cómo lo hacen y, si no lo hacen, por qué no lo han hecho, pero podrían haberlo hecho, etc., como si no fueran profesionales serios, titulados, habilitados para el ejercicio de la profesión, y a menudo especialistas; ahora todos deben dar motivos de lo que hacen, la profesionalidad ya no existe. El ciudadano tiene derecho a protestar por el material usado en la construcción de la casa, puede criticar legítimamente la forma en que le corta el filete el carnicero, etc".⁷

En este documento queda reflejada la actitud de un gran número de médicos que ven el Consentimiento Informado como una manifestación de la pérdida de confianza en la relación médico-paciente y como una intromisión del Derecho en el campo de la Medicina.

Es mucha y variada la bibliografía sobre este tema, que además no resulta nuevo, pues ya la propia Medicina Legal se había ocupado de él desde hace años, como se constata en una obra señera, como en el primer Tratado de Medicina Legal, del año 1957, del Profesor Gisbert, lo que demuestra el interés científico y académico del mismo.

El consentimiento informado, se sitúa en el eje de la relación y será siempre necesario para que el acto médico sea, no sólo lícito, sino legítimo. Por eso y bajo mi punto de vista, hay que analizarlo desde dos claras proyecciones: una médico-legal y otra ético-deontológica; donde ambas son consecuencia del anteriormente referido cambio en el modelo que regula la relación médico-paciente: el paso de una medicina basada en el principio de beneficencia, donde todo es para y por el enfermo, pero sin contar con el enfermo, a otra basada en el principio de autonomía, donde el enfermo, no es considerado como un "sujeto falto de firmeza", sino como una persona libre para decidir sobre cuestiones, como aquello que más le conviene para su salud o sobre el daño que quiere soportar o incluso la calidad de vida que desea seguir, y por tanto pasa a ser el protagonista de la toma de decisión en lo relativo a su asistencia sanitaria.

Tomando como base lo anterior, la presente ponencia queda estructurada en varios apartados, donde en principio trataremos de realizar un recorrido histórico sobre el concepto, legislación y características del consentimiento, para a continuación hacer una exposición acerca de la Información que debe aportar el médico al paciente.

Como introducción a éste apartado podemos partir de una sencilla definición, desde el punto de vista jurídico, y es la que daba allá por el año 1976 Cerrillo⁸, quien indicaba, de una forma muy explícita, que el consentimiento debe ser entendido como el "acuerdo entre dos voluntades". A su vez y desde una visión puramente médico legal, el profesor Moya Pueyo, indicaba que el consentimiento de una persona o el comportamiento de otra, cuando se manifiestan a través de actos que pueden tener consecuencias jurídicas, constituyen un acto jurídico y por tanto, ha de reunir los requisitos objetivos, subjetivos y formales para producir los efectos de dichos actos.

Actualmente toda actuación sanitaria llevada a cabo sin el consentimiento del paciente constituye un acto que atenta la libertad de la persona y por ello podría ser calificado como acto antijurídico y valorable desde el punto de vista judicial.

Específicamente, los pacientes de forma directa y en su defecto sus familiares o tutores deben tener información acerca de aquellos procedimientos a los cuales va a ser sometido, así como de las posibles repercusiones y complicaciones que de ello puedan derivarse y por tanto deben dar su consentimiento.

Existe una amplia y densa normativa, tanto sanitaria como deontológica, la cual y de una forma resumida ha quedado establecida en España de la siguiente manera:

- La primera normativa reguladora del consentimiento informado apareció en el Reglamento General para el Régimen de Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por orden del Ministerio de Trabajo el 7 de julio de 1972, por la cual se establecía que los enfermos tenían derecho a autorizar, directamente o a través de sus allegados, las intervenciones quirúrgicas y actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su gravedad. En su artículo 148.4 se reconocía *“el derecho de los enfermos a autorizar las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaren riesgo notorio o previsible”*.⁹
- Posteriormente y con carácter más general, el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, sobre Garantías de los Usuarios de Hospitales Públicos, contemplaba en su art. 13.c, la obligación de dichos establecimientos de contar con *“la previa conformidad y el consentimiento escrito y expreso del enfermo, y en caso de menor edad o de su imposibilidad, de sus parientes más próximos o de su representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente deriven lesiones o mutaciones permanentes”*, a pesar de que años más tarde, éste Decreto fuese declarado nulo por el Tribunal Supremo, en sus SSTS, Sala 4ª, 29 de abril y 10 de diciembre de 1982.
- La Constitución Española de 1978¹⁰, reconoció el consentimiento informado basado en la defensa del libre desarrollo de la personalidad sobre la base de la libertad, del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y de las bases del derecho a la información.
- Especial interés tiene la Ley 14/1986 General de Sanidad¹¹, y más concretamente su artículo 10, que desarrollaba el derecho a la información y a la información sanitaria, otorgándole una entidad propia y diferenciándolo del derecho del paciente al consentimiento informado, estableciendo la apreciación de que *“todos tienen derecho”*:
 - a la información en términos comprensibles, tanto a él y a sus familiares o allegados,

- a la información de una forma completa y continuada, verbal y escrita.
 - a la información acerca de su proceso en el que se incluía el diagnóstico, pronóstico, y alternativas al tratamiento.
 - a la libre elección entre opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención.
 - asimismo dentro de estos derechos, se establecían una serie de excepciones.
- Interesante igualmente es el Acuerdo nº 261, Acta nº 39 Pleno del Consejo Interterritorial de Salud de noviembre de 1995; en el que se determinaban los contenidos de los documentos de Consentimiento Informado así como los aspectos organizativos y funcionales del Consentimiento Informado e indicaba *“la utilización de documentos de consentimiento no puede surtir efectos de exoneración de responsabilidad de los profesionales por el desarrollo de sus actuaciones”*.
 - Convenio Europeo de 4 de abril de 1997, sobre los Derechos Humanos y la Bio-medicina¹²: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, (Convenio de Oviedo), que tuvo su entrada en vigor en España, el 1 de enero del año 2000. El Capítulo II, aparece dedicado enteramente al Consentimiento, haciendo mención en su articulado a cuestiones como Reglas generales (art. 5), Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento (art. 6), Protección de las personas que sufran trastornos mentales (art. 7), Situaciones de urgencia (art. 8) o Deseos expresados anteriormente (art. 9).
 - Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹³. Esta norma establece los derechos a la intimidad, a recibir información asistencial, que incluye la información clínica, y la información epidemiológica; el derecho a dar el consentimiento ante cualquier actuación médica, con especial referencia al Consentimiento Informado y se contempla la historia clínica como la expresión objetiva del cumplimiento del deber de los médicos respecto a estos derechos del paciente-usuario.
 - Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias¹⁴ establece, en su artículo 5.1.c, el deber específico de los profesionales sanitarios al respeto de los postulados del consentimiento informado. *“los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones”*.

- Código de Deontología Médica, de julio 2011¹⁵; regula en el Capítulo III. "Relaciones del médico con sus pacientes", y más concretamente en el artículo 12.1 que *"el médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones"*.
- En la jurisprudencia española, el deber de información del médico quedó recogido por primera vez en una Sentencia de 8 de octubre de 1963 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la que expresamente se consideraba como requisito previo para la validez del consentimiento.

CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO

Como su propio nombre indica en el Consentimiento Informado se pueden considerar dos partes claramente diferenciadas a la vez que unidas o correlacionadas como son; la Información y consecuentemente el Consentimiento.

De esta forma, el Consentimiento Informado es la conformidad expresada por el paciente, manifestada de una forma voluntaria y libre, requiriendo previamente el facilitar información adecuada.

Debe ser recabado por el médico responsable de la asistencia al paciente o por el que practique la intervención o aplique el procedimiento, ya sea profiláctico, diagnóstico o terapéutico, al paciente.

Como norma general, se presta de forma verbal, debiendo ser obtenido por escrito en los siguientes supuestos: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, procedimientos que impliquen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Con independencia de la forma de prestación del consentimiento verbal o escrito, debe constar en la historia clínica la información facilitada al paciente.

La autonomía del paciente, en base a la Ley 41/2002¹³ rebajó hasta 16 años la edad de autonomía sanitaria, para así respaldar que estos tomen decisiones propias y no por sus padres o representantes legales, sobre los actos que afectan a su esfera privada. Pero existen notables excepciones a este régimen cuando se trata de actuaciones de gran trascendencia o que comportan grave riesgo, en las cuales, la opinión de los padres será escuchada.

Además, el paciente tiene derecho a revocar libremente su consentimiento en cualquier momento y se establecen 3 circunstancias en las que se podrá otorgar el consentimiento informado por representación:

- cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación.
- cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

La Ley establecía tres excepciones, como los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos o práctica de reproducción humana asistida, los cuales quedaban regulados en base a lo dispuesto con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad. Con la entrada en vigor de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, de 5 de julio de 2010¹⁶, se modificaron tales excepciones, estableciéndose que las mujeres de 16 y 17 años podrán decidir, pero deberán informar a sus padres de que van a interrumpir voluntariamente su gestación.

Del mismo modo se contemplan situaciones en que se puede actuar sin el consentimiento:

- cuando existe riesgo grave para la salud pública, de acuerdo con lo que establece la legislación reguladora de esta materia.
- cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no es posible conseguir su autorización...

Respecto al contenido del documento de C.I. y aunque la Ley 41/2002¹³ no regula la existencia de un documento concreto y específico de carácter oficial, sí es cierto que la mayoría de las Comunidades Autónomas han establecido el contenido del referido documento. En líneas generales, existían e incluso sigue siendo así documentos de consentimiento informado muchos de ellos con ciertos defectos, escasa información, además de resultar muy genéricos y donde no se hacen constar específicamente y de forma conveniente tanto los riesgos de un determinado proceso diagnóstico como el tratamiento terapéutico propuesto.

Teniendo en cuenta lo anterior, todo documento de C.I. debe contener una serie de elementos que lo hagan característico:

- especificidad para cada intervención clínica y además tratando de complimentarlo de la forma más personalizada posible, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general.
- información suficiente y veraz tanto de la finalidad y naturaleza de la intervención, como de los riesgos y consecuencias posibles.
- redacción o explicación sencilla y por supuesto comprensiva, utilizando un vocabulario adaptado no sólo a factores culturales del propio paciente sino también a la edad, sexo....

- contenido mínimo:
- identificación y descripción del procedimiento, con explicación breve y sencilla del objetivo del mismo, método y forma en que se va a efectuar.
- beneficios que se esperan alcanzar, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias y molestias previsibles de su realización y de su no realización, riesgos frecuentes, de especial gravedad y asociados al procedimiento por criterios científicos.
- riesgos en función de la situación clínica del paciente y en referencia a sus circunstancias personales y/o profesionales.
- identificación del centro, establecimiento o servicio sanitario.
- identificación del paciente y, en su caso, del representante legal, familiar o allegado que presta el consentimiento.
- identificación del médico que informa, siendo aconsejable que sea el mismo que vaya a realizar el procedimiento específico.
- declaración o manifestación de quien presta el consentimiento, acerca tanto de la comprensión adecuada de la información como del conocimiento sobre la posibilidad de su revocación en cualquier momento sin tener que expresar la causa de tal revocación.
- lugar y fecha.
- firmas del médico y de la persona (paciente o representante legal) que presta el consentimiento.

INFORMACIÓN

Como se indicaba anteriormente, no puede haber consentimiento si previamente no existe la información. De ahí que haya que tener muy presente que la información constituye uno de los pilares básicos en los que se sustenta la relación entre un médico y el paciente.

La información hay que considerarla como parte integrante del modelo de relación clínica que debe basarse en un proceso interactivo y comunicativo. El Código de Deontología Médica¹⁴ se muestra muy claro en esta cuestión al declarar que *“la información al paciente no es un acto burocrático sino un acto clínico”* (art. 16.1)

La Ley 41/2002¹³, establece el capítulo II, de forma específica, para regular el derecho de información sanitaria.

Concretamente los artículos 4 y 5 regulan el derecho y la titularidad de información específicamente cuando se trata del paciente y el artículo 6, establece este derecho a la información de forma genérica a todos los ciudadanos, con independencia de que sean o no pacientes.

De este modo, se puede incluir el derecho de los ciudadanos a recibir una información sanitaria suficiente para adoptar medidas preventivas y normas de conducta que conlleven a un mejor estado de salud (derecho a la información epidemiológica). O el derecho a la información en cuestiones relacionadas con la Prevención de los Riesgos Laborales, tal y como se recoge en la Ley de 31/1995, de 10 de noviembre¹⁷.

Del mismo modo, toda la información que se establece en los denominados prospectos de medicamentos, como se indica en la Ley del Medicamento (Ley 25/1990 de 20 de diciembre)¹⁸.

Diferentes cuestiones deben tener presente los médicos y resto de profesionales sanitarios con respecto a este derecho a la información:

- Titularidad del derecho a la información.
- Límites del derecho a la información.
- Obligación del cumplimiento del derecho a la información.
- Formas de cumplimiento del derecho a la información.

Titularidad del derecho a la información:

Siguiendo las explicaciones anteriores, nuestra Ley 41/2002¹³, establece claramente una diferenciación, pues en los artículos 4 y 5, asistencia sanitaria, establece que el sujeto activo y por tanto titular del derecho es el propio paciente, mientras que si nos atenemos al artículo 6, sobre información epidemiológica, el titular de la información es la propia colectividad o ciudadanía en su conjunto.

Si hacemos referencia al derecho a la información que dimana de un proceso asistencial, es meridianamente clara nuestra legislación al indicar que es exclusiva y tiene como único titular el propio paciente, siempre que esté en condiciones psíquicas de razonar, deliberar, argumentar y en definitiva de comprender.

Es muy importante recordar que esta información, siempre veraz, debe adaptarse al paciente, según su edad, nivel cultural, estado de salud y otras circunstancias personales, pues la base de la comunicación entre el médico y el paciente y en la medida en que estas características se cumplen, la calidad de la relación mejorará.

En el artículo 5.1 se dice que *"también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita"*, lo cual a mi modo de entender no modifica la titularidad, sino que la puede hacer extensible siempre y cuando el paciente lo admita.

Ahora bien, resulta aconsejable, solicitar del propio paciente que indique la persona o personas de su confianza con las cuales desea compartir la información asistencial y que le pueda ayudar a tomar decisiones.

Límites del derecho a la información:

Tres circunstancias nos establecen la Ley 41/2002¹³, concretamente en su artículo 5 apartados 2, 3 y 4, que trataremos de exponer a continuación.

Todas las personas, por el hecho de serlo y desde su nacimiento, tienen “*capacidad jurídica*”, la cual únicamente se pierde con la muerte, y por tanto la posee toda persona con independencia de su edad, estado civil y de su salud mental y física. En virtud de esta capacidad jurídica, todas las personas, incluyendo a las afectadas por una incapacidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y ser sujetos de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, para ejercitar estos derechos y cumplir con sus obligaciones es necesario un “*algo más*”, es lo que conocemos como “*capacidad de obrar*”.

Ahora bien, a diferencia de la jurídica, esta “*capacidad de obrar*” no es genérica pues se establecen dos tipos o formas; «*capacidad (de obrar) legal o de derecho*» y «*capacidad (de obrar) de hecho*». Esta segunda es la que ahora nos interesa pues es la que hace referencia a las aptitudes psicológicas internas que permiten a una persona gobernar de un modo efectivo su vida, de tal modo que concluyamos que sus decisiones son auténticas, es decir, que son reflejo adecuado de su propia personalidad y de su autonomía moral.

Si por determinadas cuestiones una persona se viera mermada o incluso anulada en esta “*capacidad de hecho*”, implicaría directamente una serie de consecuencias en la esfera de su capacidad de derecho.

Este esquema trasladado a la situación en que un paciente no está en condiciones de emitir su consentimiento por él mismo, conlleva a que el médico y/o el profesional sanitario deba tener en cuenta que además del paciente, hay otra persona implicada en esa toma de decisiones, que no es otra que la del representante del paciente.

La propia Ley 41/2002¹³ contempla que debe existir la figura del representante del paciente en tres supuestos: paciente «*incapaz*», paciente «*incapacitado*» y paciente «*menor*».

Esta situación en la práctica se corresponde con: a) El paciente inconsciente, b) El paciente que padece un trastorno mental que le impide, en el momento de recibir la asistencia médica, comprender la información y dar un consentimiento válido y c) los menores de edad, por su falta de madurez intelectual y volitiva¹⁹.

Haremos una breve mención a los dos primeros, al merecer el tema del paciente menor una exposición exclusiva.

- “*Paciente incapaz*”; es aquel que no tiene en un momento determinado y específico capacidad de hecho, y como consecuencia de ello pierde transitoria-

mente su capacidad de derecho. Múltiples situaciones pueden ser generadoras de esta situación, por ejemplo un paciente bajo los efectos de la anestesia o un paciente con una importante intoxicación etílica o una disminución del nivel de conciencia como resultado de un traumatismo craneoencefálico.

- *“Paciente incapacitado”*, aquel que presenta un proceso de carácter permanente que conlleva a una disminución de forma habitual y no meramente circunstancial de su capacidad de hecho, perdiendo de esta forma su capacidad de derecho o legal. Por ejemplo un cuadro de demencia, de retraso mental profundo,... Esta situación es más compleja pues nadie puede ser considerado como incapacitado si no lo es por medio de una sentencia judicial, previa a un procedimiento judicial civil encaminado a determinar esta situación.

En la práctica asistencial, estos aspectos resultan complejos para el médico, pues como indica la Ley 41/2002¹³ en su artículo 5:

- 5.2. *El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.*
- 5.3. *Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

Este texto nos indica que es el propio médico quien valorando las circunstancias habrá de emitir un juicio acerca de la capacidad del paciente y si este está en condiciones de ser informado y consecuentemente decidir o consentir. Implica ello, que hay que evaluar si el paciente es capaz de comunicarse, de entender, de razonar y de tomar una decisión. Todo esto exige que el médico aplique una serie de cuestiones básicas, como son el manejo de la palabra, el uso del tiempo y la utilización de la paciencia, puesto que esta información variará con respecto a cada paciente, en cuanto a las características personales como a las necesidades de cada paciente concreto.

Cuando se dan estas circunstancias nos encontramos con una titularidad al derecho a la información que podríamos considerar como compartida, ya que este derecho corresponde por igual al propio paciente (de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión) y al representante legal.

Y el tercer supuesto que limita el derecho a la información, es que se establece en el artículo 5.4; *“el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”*.

Nuevamente aparece el médico en una situación algo problemática al tener que establecer o calificar con determinados criterios, no siempre objetivos, el denominado “estado de necesidad terapéutica”.

Desde el punto de vista legal, la situación se aclara siempre que el propio médico establezca el diagnóstico de “estado de necesidad”, siguiendo los cánones que establece la *lex artis*. Pero desde el punto de vista ético se nos plantea un verdadero dilema, que trataremos de exponer someramente.

Como bien establece el profesor Osuna²⁰, en este tema colisionan el derecho del enfermo a conocer la verdad por la angustia que le puede producir la incertidumbre y el derecho del enfermo a la no información, al poder tener la seguridad de que va a recibir la información con una carga importante de ansiedad que le podría causar mayor daño.

En estas situaciones aparece un tercer elemento importante como es la familia, la cual se erige con una supuesta titularidad con respecto al derecho a la información asistencial, que en muchas ocasiones resulta más perjudicial que beneficiosa y que interfiere en el curso asistencial.

Respecto al Código de Deontología Médica, en el Capítulo III “Relaciones del médico con sus pacientes”, dice en el artículo 12: «1. *El médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones....*

Artículo 13.... 3. El médico tomará decisiones que considere adecuadas cuando se de una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible conseguir su consentimiento...». Vemos como la excepción al consentimiento que se considera, desde la perspectiva deontológica es la situación de riesgo inmediato y grave; es decir, cuando no se puede perder tiempo en dar información al paciente y/o sus familiares porque este tiempo es precioso para intervenir y tratar al paciente con las medidas que la ciencia aconseje para la curación o mejoría del paciente¹⁹.

Como nos indica la Profesora Castellano Arroyo, la creencia general de los médicos españoles de poder intervenir sin consentimiento del paciente y/o de los familiares en situaciones de urgencia se vió sobresaltada por la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo (BOE nº 101 de 28 de abril de 2011) de la Sala Segunda de Tribunal Constitucional.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional analizó una determinada situación y llegó a la conclusión de que el tribunal de Primera Instancia que lo juzgó apreciaba

“urgencia relativa”, para exonerar de culpa a los profesionales; sin embargo, el Tribunal Constitucional dice que precisamente esa expresión es contraria a la urgencia inmediata y grave, significando precisamente la carencia de la misma que debe existir para poder prescindir del consentimiento. Al referirse a la Sentencia de la Audiencia provincial, esta recogía la existencia de “riesgo vital”, lo que según el Tribunal Constitucional en ningún caso se analizó y se llegó a justificar.

Se vuelve a insistir, como antes lo ha hecho el Tribunal Supremo en varias sentencias, que el paciente tiene derecho a recibir la información necesaria y suficiente para poder tomar sus propias decisiones sobre la aceptación o rechazo de la actuación médica.

Obligación del cumplimiento del derecho a la información.

En este caso, el responsable de facilitar la información queda taxativamente regulado en la Ley 41/2002¹³, y más concretamente en su artículo 4.3, *“el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*.

Esto indica que cada profesional sanitario debe asumir la responsabilidad de informar en aquella fase del proceso en la que interviene.

Se introduce aquí el concepto de “médico responsable”, que la propia Ley define como *“el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”*.

Se trata de una figura elemental, pues es la que ha de mantener una relación continuada con el paciente y por tanto su identidad debe ser conocida por este. De ahí que nuestro Código de Deontología indique que *“Un elemento esencial de la información es dar a conocer al paciente o a sus allegados la identidad del médico responsable de su proceso asistencial, así como la de aquel que en cada momento le preste asistencia”*, por ello y con independencia tanto del lugar como del tipo de ejercicio profesional en que se lleve a cabo la asistencia, el médico debe presentarse al paciente para que éste conozca la identidad de quien le presta asistencia.

Formas de cumplimiento del derecho a la información.

De forma genérica, la comunicación con los pacientes debe ser tan importante como el saber técnico de la propia medicina. Habitualmente indico que tanto el mé-

dico como el resto de profesionales están dotados de capacidades intelectivas suficientes que les permiten adaptarse a diferentes circunstancias y situaciones en los diferentes ámbitos de la vida. De ahí que en la relación médico-paciente se deba clarificar mucho más. No podemos olvidar que a la hora de informar, el paciente, con independencia de su inteligencia y de su situación personal, cultural o económica, no es una persona que tenga conocimientos médicos.

Como muy bien indicaba el profesor Lain Entralgo²¹ al referirse a las relaciones interpersonales, estas deben seguir tres parámetros: saber ponerse en el lugar de la otra persona (fase coejecutiva), sentir como él o ella (fase compasiva) y disponerse a asumir como propios sus éxitos y dificultades (fase cognoscitiva).

Hay que tener presente que todo paciente trata de buscar ayuda para mejorar su salud y que la enfermedad le genera cierto temor o ansiedad, por lo que, ante esto, el médico debe mostrarse afable y respetuoso con trato amable, prestando atención y ajustando la comunicación al nivel del paciente.

Es cierto que en las facultades de medicina apenas existen materias relacionadas con la comunicación, por lo que las habilidades comunicativas en el mejor de los casos se adquieren de forma intuitiva y a lo largo de la experiencia profesional.

Sin lugar a dudas que el lenguaje científico-técnico que se utiliza en la medicina constituye en la relación médico-paciente un problema comunicativo, de ahí que el médico haya de procurar adecuarse a las condiciones de cada acto comunicativo en concreto.

Las cuestiones lingüísticas son esenciales en el acto médico de forma que para garantizar una correcta descodificación es preciso que el médico utilice una conversación estructurada y con unos objetivos precisos mediante mensajes adecuados, didácticos y comprensibles; claros, concisos y sencillos.

Al indicar que deben ser adecuados, no implica que deban ser completos, sino que el nivel de información se adaptará a las propias reglas de la *lex artis* e incluso a la cantidad de conocimiento que desee tener el propio paciente.

Estos principios aparecen reflejados en el artículo 4 de la Ley 41/2002¹³, cuando se establece que normalmente, la información se facilita de forma verbal, a excepción de determinados casos que ya hemos referido al hablar del consentimiento, que se deberán plasmar por escrito. Además, debe facilitarse con antelación para que el paciente tenga tiempo suficiente para poder reflexionar, estableciéndose en todo caso al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, quedando fuera de éste precepto las actividades urgentes o que no requieran hospitalización. Y además esta información debe mantenerse mientras el paciente esté bajo la supervisión del médico.

Resulta obvio, pero la información debe ser comprensible, continuada, veraz, razonable y suficiente además de estar determinada por su objetividad, especificidad

y adecuación al procedimiento específico, explicando lo esencial y evitando excesivos detalles. Y como indicábamos anteriormente adaptado a la capacidad de comprensión y al estado psicológico del paciente o de la persona que reciba la información. En cualquier información sanitaria debe incluirse:

- Identificación y descripción del procedimiento.
- Objetivo del mismo.
- Beneficios que se esperan alcanzar.
- Alternativas razonables a dicho procedimiento.
- Consecuencias previsibles de su realización.
- Consecuencias previsibles de la no realización.
- Riesgos frecuentes.
- Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento por criterios científicos.
- Riesgos y consecuencias en función de la situación clínica personal del paciente y con sus circunstancias personales o profesionales.
- Contraindicaciones.
- Es aconsejable advertir acerca de si los procedimientos que se van a aplicar lo son de carácter experimental, se encuentran en proceso de validación científica o pueden ser utilizados en un proyecto docente o de investigación.

Especial interés puede tener el término de información sobre los riesgos inherentes o que se pueden producir como consecuencia de una prueba diagnóstica o tras la aplicación de un tratamiento. De ahí que se deban distinguir entre "*riesgos típicos*" de los "*atípicos*".

Por "*riesgos típicos*", podemos incluir aquellos que conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia médica, en mayor proporción o porcentaje pueden darse en cada actuación médica y que resulten importantes o relevantes para cada caso específico. Por su parte "*riesgos atípicos*" serán aquellos que aparecen de forma infrecuente, de forma excepcional o incluso imprevisibles. Aunque desde un punto puramente práctico la decisión acerca de la cantidad de información que se debe facilitar al paciente, queda a criterio del médico, siguiendo determinados factores como pueden ser las circunstancias concretas del caso e incluso el nivel de formación del paciente.

Nuevamente se hace preciso recordar que la renuncia a recibir información es un derecho del propio paciente, pero esta circunstancia debe quedar expresada, de forma clara, por escrito. Del mismo modo y una vez facilitada la información cabe la negativa, del propio paciente, a recibir un determinado procedimiento sanitario. En estos casos, el médico responsable de su aplicación debe informar, al paciente o re-

presentante legal, acerca de otras posibles alternativas existentes y, en su caso, ofertar éstos cuando estén disponibles, aunque tengan carácter paliativo, sin olvidar que todo ello debe quedar adecuadamente documentado en la historia clínica.

Si por el contrario, no existen procedimientos alternativos disponibles o son rechazados todos ellos por el paciente o su representante, se debe proponer la firma del documento de alta voluntaria.

INFORMACIÓN RESPECTO AL TRATAMIENTO

Con todo lo expuesto anteriormente es evidente, tanto legal como ética y deontológicamente, que el médico debe informar al paciente acerca de determinadas peculiaridades antes de la aplicación de un determinado tratamiento para que de esta forma, el paciente, pueda decidir sobre su aceptación o rechazo, salvo determinadas excepciones.

La relación comunicativa que se debe establecer entre el médico y su paciente no debe quedarse únicamente en la explicación aportada por parte del médico respecto al tratamiento, sino que debe ser algo más, ya que la información hay que considerarla como una exigencia específica en referencia a un tratamiento óptimo, es lo que se conoce como *"información terapéutica"*, que en definitiva no es más que la información que ha de aportar el médico al paciente dentro del contexto de un tratamiento médico o dicho con otras palabras es la obligación que tiene el médico de informar al paciente en referencia a las necesidades de un tratamiento concreto.

De esta forma el *"deber de información terapéutico"* constituye una verdadera exigencia que debemos encuadrar dentro de la *"lex artis"* como compromiso deontológico estableciéndose que *"el médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones"* (art. 12.1 del Código de Deontología Médica)¹⁵.

En base a ello, la *"información terapéutica"* que de forma obligatoria debe ser facilitada al paciente debe contener una serie de especificaciones:

1. La información terapéutica se ha de comunicar preferentemente al paciente, informando sobre los posibles efectos secundarios que se pueden derivar del tratamiento, en cuestiones como información acerca de la dosis, incompatibilidades y efectos secundarios.
2. En caso de prescripción de tratamientos farmacológicos que pudieran modificar las facultades para conducir vehículos a motor, el médico debe informar al paciente sobre tal circunstancia.

3. Si existe una negativa por parte del paciente a someterse a una intervención de diagnóstico o terapéutica necesaria, el médico debe informar al paciente acerca de los riesgos que supone tal negativa e informarle sobre las consecuencias derivadas de su no aplicación en el momento preciso.
4. Extensión de la obligación de información terapéutica. En principio se puede considerar como válida la información dada anteriormente para un tratamiento similar. El alcance de la información dependerá especialmente de la gravedad de los efectos potenciales del tratamiento o de los efectos secundarios.

EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN TERAPÉUTICA

La importancia primordial de la “*información terapéutica*” se encuentra en determinar si es preciso que el médico informe siempre y en todo momento al paciente, o si existen supuestos en los que puede prescindir total o parcialmente de esta información. A este respecto el Código¹⁵ indica que “*deberá informarle de manera comprensible y precisa de las consecuencias que puedan derivarse de persistir en su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica*” (art. 12.2). Los dilemas suelen surgir en aquellos casos en los que es necesaria una concreta información para posibilitar al paciente la óptima realización de un tratamiento, pero como consecuencia de tal comunicación existe la probabilidad de que se produzcan daños en su salud, especialmente en la de carácter psíquico, por alteraciones de tipo emocional.

En estos casos se produce un conflicto entre dos obligaciones del médico: la obligación de proporcionar la información necesaria para el tratamiento adecuado del paciente, y la obligación de no causar ninguna lesión en su salud. La solución de estos casos está en función de la cantidad de información necesaria para que el paciente adopte las medidas adecuadas tendentes a conseguir un tratamiento óptimo de su padecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Serrano Vázquez, M.: El desarrollo profesional continuo como estrategia de mejora de la calidad. Revista Gallega de psiquiatría y Neurociencias, 10, (2012), 5-7.
- Rodríguez López, P.: *La autonomía del paciente*, Dilex, Madrid, 2004, p. 117.
- Gracia, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989.
- Dworkin G., Paternalism. In: Wasserstrom R., ed. *Morality and the law*. Belmont California: Wadsworth. 1971.
- Villanueva Cañadas E. El Consentimiento en la asistencia sanitaria. Título de Experto en Ética Médica. Organización Médica Colegial, 2011.
- Santonocito L., *Se guarire è un rischio*, en “Le Scienze”, n. 365, 1999, pp. 14-17

- Zamboni R., *Consenso Informato: tra farsa e tragedia*, en "Bolletino dell'Ordine.
- Cerrillo: Consentimiento. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, V. Barcelona 1976.
- Orden por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por orden del Ministerio de Trabajo el 7 de julio de 1972. Boletín Oficial del Estado, núm. 172 de 19 de julio de 1972, pp 12955 a 12971.
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.
- Ley 14/1986 General de Sanidad: Boletín Oficial del Estado, núm. 102 de 29 de abril de 1986, pp 15207 a 15224.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Boletín Oficial del Estado, núm. 251 de 20 de octubre de 1999, pp 36825 a 36830.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, núm. 274 de 15 de noviembre de 2002, pp 40126 a 40132.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Boletín Oficial del Estado núm. 280 de 22 de noviembre de 2003.
- Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, elaborado por la Comisión Central de Deontología Médica, y aprobado por la Asamblea General el pasado sábado 9 de julio de 2011.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, núm. 55 de 4 de marzo de 2010, páginas 21001 a 21014.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado nº 269 10 de noviembre de 1995.
- Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Boletín Oficial del Estado, núm. 306 de 22 de diciembre de 1990, páginas 38228 a 38246.
- Castellano Arroyo M. La obtención del consentimiento informado en España: la asistencia urgente como excepción, doctrina del Tribunal Constitucional. *Ciencia Forense*, 9-10/2009-2010: 117-134.
- Osuna, E. "los derechos del enfermo en el marco jurídico español". Revista Latinoamericana de derecho Médico y Medicina legal 5, (2000), 67-72.
- Lain Entralgo P. Relación Médico-Enfermo. Madrid: Edit Revista de Occidente; 1965.

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE
LOS MENORES E INCAPACES.
SU NORMATIVA LEGAL Y SU
INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Antonio del Moral García

Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Se traslada a unas sucintas notas el contenido esencial de la exposición desarrollada en la mesa redonda citada en el encabezamiento de estas líneas. El formato de la intervención y las obvias limitaciones de tiempo, hacían renunciar a una exposición exhaustiva y recomendaban una acotación temática que se antojaba imprescindible. También tendrá esa opción metódica el correspondiente reflejo en estas páginas. No se encontrará en ellas un desarrollo sistemático de toda la materia. Tan solo realizó una aproximación general, para luego detenerme en dos cuestiones más específicas elegidas por su actualidad o por su frecuente aparición en la práctica: el marco doctrinal y jurisprudencial del problema del menor que muestra su repulsa por razones de conciencia a ser objeto de una transfusión sanguínea; y el consentimiento al aborto de la embarazada menor de edad.

2. PANORÁMICA LEGAL DE LA REGULACIÓN SOBRE CONSENTIMIENTO SANITARIO DE MENORES Y DISCAPACES.

Prescindiendo de la prolija y, en general más perturbadora que necesaria, legislación autonómica, el precepto de referencia básico en esta materia es el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Bajo la leyenda "Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación", reza así tal norma:

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documental, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.
2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:
 - a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
 - b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
 - b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
 - c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
5. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
6. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.
7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

La actual redacción proviene de la Ley 26/2011 de 1 agosto de 2011 (adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). El año anterior había incidido también en la norma la Ley Orgánica

2/2010, de 3 de marzo, sobre salud sexual y reproductiva que extrajo del apartado 4 del art. 9 lo relativo al aborto de menores de edad para establecer una nueva regulación en su art. 13.cuarto.

En el marco supranacional hay que tomar en consideración el art. 6 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina de 4 de abril de 1997. El apartado segundo de tal norma, señala que, cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. El apartado cuarto del mismo precepto añade que el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el art. 5. Finalmente el apartado quinto dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada. El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones. También destaca este informe la necesidad de que existan procedimientos adecuados para “los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente”.

Sentados esos principios el Convenio de Oviedo reenvía a la legislación nacional en materias como la fijación de la edad para consentir, el tipo de intervenciones en las que cabe el consentimiento autónomo o es necesario sustituirlo y los concretos cauces procesales procedentes para solventar los casos en que las decisiones de los representantes legales fueran contrarias al interés del menor. Volvamos, pues, la vista a la legislación nacional siguiendo la indicación del citado Convenio.

A tenor del art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP) que ha quedado transcrito y cuya redacción peca de alambicada, hay que efectuar sucesivas distinciones.

Cabe el consentimiento por representación:

- a. Cuando la persona no esté capacidad *de facto* para tomar decisiones. La valoración la efectuará el facultativo. El consentimiento sustitutivo podrán prestarlo sus representantes legales o, en su defecto, las personas vinculadas a él, bien familiarmente bien en virtud de otras relaciones.
- b. Si estamos ante una persona declarada incapaz, es el representante legal quien otorgará el consentimiento. Pero en ese supuesto la ley impone una obligación activa para implicar al discapaz en la decisión e incluso promover las condiciones necesarias para que sea él quien preste el consentimiento.
- c. En el caso de menores hay que hacer ulteriores distinciones:

- Si es un menor discapaz o incapacitado, habrá que estar a lo establecido para éstos.
- Si no ha cumplido los dieciséis años cumplidos o está emancipado es él quien ha de dar el consentimiento.
- Si cuenta con menos de dieciséis años será preciso el concurso de sus representantes legales, salvo que tenga suficiente capacidad intelectual y emocional para la intervención concreta de que se trate. Esa valoración también se confía al facultativo.
- Para determinadas intervenciones concretas se exige hasta los 18 años siempre el consentimiento de los representantes legales: ensayos clínicos (Real Decreto 233/2004).
- En otros casos solo alcanzada la mayoría de edad se puede consentir sin que quepa antes ni siquiera el consentimiento por representación (cirugía transexual, esterilización –aunque aquí puede entenderse posible cuando el menor está incapacitado: art. 156 del Código Penal), o las técnicas de reproducción asistida.

Esto, en cuanto al consentimiento. Pero en cuanto a las audiencias, la ley ordena que el menor sea siempre oído si ya ha cumplido los doce años, aunque no le corresponda la decisión; y que se informe y se tenga en cuenta la opinión de los padres cuando se trate de una actuación de grave riesgo, en aclaración que parece desvirtuar el carácter absoluto de la regla general de necesidad del consentimiento del menor emancipado o mayor de dieciséis años.-

Se viene hablando del “menor maduro” para aludir al capaz intelectual y emocionalmente para prestar el consentimiento para una específica intervención o tratamiento sanitario. La capacidad hay que referirla a la específica actuación médica. Obviamente no es lo mismo el tratamiento sintomático de un resfriado que una operación de grave riesgo. Se maneja un concepto funcional de la capacidad, superadas las nociones formal (establecimiento legal), o consecencial (se considera capaz al que de hecho adopta decisiones razonables).

Algunas normas complementarias más generales, sin alterar básicamente ese marco que ha quedado descrito en gruesos trazos, introducen criterios de interpretación. Así el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En aplicación de esos criterios, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 proclaman que “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del art. 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz

para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados". Se añade más adelante: "...si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad".

Esa regulación se enmarca en una tendencia generalizada en el derecho comparado de nuestro entorno. Botón de muestra de lo que se dice y que puede destacarse por ser casi tópica su cita es en el Reino Unido la Family Law Reform Act 1969 que fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno en materia sanitaria.

3. LAS PAUTAS DE VALORACIÓN EN CONCRETO DE LA CAPACIDAD O MADUREZ.

Como se ha indicado antes es el facultativo el llamado en cada caso a valorar la capacidad o grado de madurez. No existen criterios legales claros. Habrá que manejar el sentido común y una cierta racionalidad. La Circular 1/2012 de la Fiscalía General trata de arrojar alguna luz: "Sin embargo, puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.

La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente – caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio art. 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos.

Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad”.

Enlazando con esa idea de la naturaleza del acto sanitario concreto, me parece muy ilustrativa la distinción que apunta C. FERREIROS. Diferencia tres tipos de actuaciones¹:

- 1. Obligatorias**, que serían aquellas imprescindibles para preservar el derecho a la salud del menor reconocido y las derivadas de medidas acordadas en materia de salud pública conforme a la L.O. 3/1986, de 14 de abril (determinadas vacunaciones, v.gr.).
- 2. Permisibles**, dentro de las cuales encuadra algunas que precisan de autorización judicial (esterilización de incapacitados, discrepancias entre los padres sobre un acto concreto, internamiento en establecimiento de salud mental - artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); otras que requieran una dación de cuenta al Fiscal (como los ensayos clínicos: artículo 7.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de enero, o la investigación que implique procedimiento invasivo sin beneficio directo - artículo 20.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica-) y, por fin otras para las que rige lo previsto en el art. 9 y en la legislación específica (cirugía satisfactiva, aborto en los casos en que la legislación lo declara no punible; recepción de órganos - artículo 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos-; donación de embriones y fetos humanos o de sus estructuras biológicas - artículo 29 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica-; investigación que implica procedimiento invasivo con beneficio directo para el paciente - artículo 20.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica-; extracción de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor u obtención de células y tejidos para uso antológico - artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre; autotransfusión - Anexo II del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, a sensu contrario-;...).
- 3. Prohibidos**: Cirugía transexual (artículo 156 del C.P.); eutanasia (artículo 143 del C.P.); donación de órganos (artículo 4 de la Ley 30/1979 y 155 del C.P.); extracción de células y tejidos humanos salvo en los casos expresados en el apar-

tado anterior (artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre; donación de sangre (Anexo II del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre; reproducción asistida (artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo y 161 del C.P.); facultad de los menores de otorgar instrucciones previas (salvo en alguna legislación autonómica, cuya constitucionalidad podría ser cuestionada pues es más segura la opinión de que estamos ante materia reservada a la legislación básica estatal).

4. MENORES Y NEGATIVA A LAS TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 18 DE JULIO DE 2002.

Realizada esa panorámica general y tal y como anunciaba al comienzo, descenderé a dos concretos supuestos que han merecido la atención específica de la doctrina, bien por ser un caso que se plantea con relativa frecuencia (testigos de Jehová), bien por haberse despertado una viva polémica con motivo de recientes modificaciones legales que siguen siendo cuestionadas (aborto de menores).

En la primera materia es de cita imprescindible la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002. El supuesto de hecho es conocido y aparece no infrecuentemente en nuestros Tribunales: la objeción de conciencia de los testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional anulaba una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A raíz de una herida producida por una caída accidental se detectó en un muchacho de 13 años un proceso de leucemia. La naturaleza específica de la leucemia no llegaría a ser determinada. Durante la evolución y, posteriormente, a la hora de enjuiciar los hechos, no se pudo contar con un pronóstico. Se ignoran las probabilidades que había de sobrevivir al proceso y si la leucemia hubiese resultado fatal en todo caso.

Los padres -testigos de Jehová- condujeron al menor -que profesaba de manera militante y consciente idéntico credo religioso- al Hospital. La transfusión que fue prescrita sería rechazada por los padres que requirieron un tratamiento alternativo, manifestando su disposición a recabarlo de otro centro sanitario si allí les era denegado. No se accedió a ello y los médicos del centro -con toda corrección en mi opinión- se dirigieron al Juzgado para obtener una autorización judicial que les permitiese proceder a la transfusión en contra de la voluntad de los padres.

Ante la intervención judicial los padres se resignaron y los médicos se dispusieron a realizar la transfusión. Pero toparon con la radical y beligerante oposición del menor que les hizo desistir de su propósito. Al no conseguir persuadir ni al menor, ni a los padres para que mediasen ante éste, los médicos optaron por el alta voluntaria.

Los padres acudieron a otro Hospital intentando obtener la atención de algún especialista de prestigio y un tratamiento alternativo. También en ese centro se consi-

deró imprescindible la transfusión. Se repitió la secuencia: tanto los padres como el menor rehusaron el tratamiento alegando motivos morales. Pese a existir constancia de la autorización judicial, también en este Hospital se descartó la posibilidad de hacer una transfusión con ese respaldo.

Un tercer Hospital –esta vez privado- al que se dirigieron los padres sería el marco en que se reprodujo idéntica historia: recomendación de transfusión, repulsa por padres y menor, y final pasividad médica. De regreso a su domicilio el menor permaneció con la única asistencia del médico de la localidad.

Teniendo conocimiento de la situación, el Ayuntamiento comunicó los hechos al Juzgado de Guardia que acordó, finalmente, la entrada en el domicilio para prestar al menor las atenciones médicas que considerasen necesarias el facultativo y el forense del Juzgado de Guardia. Pero ya era tarde. El menor falleció a consecuencia del proceso desencadenado, proceso que una transfusión hubiese permitido detener.

Es importante subrayar que los padres no manifestaron rebeldía alguna frente a las distintas órdenes judiciales. Estaban dispuestos a someterse a esos proveídos judiciales, pero no a colaborar con los mismos en contra de los dictados de su conciencia.

El proceso penal abierto contra los padres desembocó en una sentencia absoluta dictada por la Audiencia Provincial de Huesca. El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal sería estimado. El Tribunal Supremo consideró que los hechos eran constitutivos de un delito doloso de homicidio con la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación y condenó al padre y a la madre a una pena de dos años y seis meses de prisión.

En la sentencia que se cita en el encabezamiento de este epígrafe el Tribunal Constitucional otorga el amparo a los recurrentes y anula la condena por atentar contra la libertad religiosa.

El pronunciamiento me parece plenamente asumible y correcto. No puede edificarse una condena penal sobre el rechazo de los padres a convencer al hijo de algo contrario a su conciencia. A los padres les era exigible no contrariar las resoluciones judiciales, o no dificultar su aplicación. Pero no se les podía imponer una conducta activa que violentaba su conciencia: transmitir al hijo unas ideas en las que no creían y que consideraban perniciosas.

Lo que de verdad quiebra en la secuencia de los hechos es la indecisión en la Administración Sanitaria para ejecutar la transfusión que ya contaba con habilitación judicial. La única obligación jurídica incumplida es justamente ésa. No creo que pueda atribuirse a los padres responsabilidad penal. Ellos en todo momento, acataron las decisiones judiciales. Si éstas no se llevaron a efecto finalmente fue por causas no imputables directamente a ellos.

La sentencia del Tribunal Constitucional proclama que el menor es titular del derecho a la libertad religiosa. Pero acto seguido rechaza que en el supuesto concreto

pueda darse prevalencia a la libertad religiosa frente al derecho a la vida. Ambas aseveraciones son irreprochables desde mi punto de vista.

La sentencia –acudiendo a una técnica de ponderación ya muy conocida e importada del derecho americano (*balancing*)- identifica los dos derechos en conflicto -libertad religiosa del menor y de sus padres y derecho a la vida del menor- para sumergirse en un juego de ponderaciones y llegar a la solución concreta que ha de mantener un cierto equilibrio, conjugando la preferencia de uno de los derechos con el menor sacrificio posible del otro. El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el nivel preferente del derecho a la vida del menor no arrastraba necesariamente la privación a los padres de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia “porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante... Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás -continúa la sentencia-, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

Exigir a los padres una intervención sobre el hijo para disuadirle y convencerle de que debía someterse a la transfusión contrariando así radicalmente sus convicciones religiosas no era procedente, amén de que no era segura la eficacia que sobre la voluntad del menor hubiesen tenido esos “insinceros” argumentos. Como tampoco les era exigible –o al menos no podía serle más exigible que al personal sanitario- que adoptasen una decisión -transfusión a pesar de la oposición del menor- igualmente contradictoria con esas creencias. Los padres nunca se opusieron a la actuación de los poderes públicos y procuraron al menor las atenciones médicas a través de procedimientos acordes con sus planteamientos religiosos.

Por eso la sentencia concluye que “la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y... su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron”.

De los razonamientos desplegados por el Tribunal Constitucional en su sentencia cabe deducir que la respuesta hubiese sido muy distinta si los padres se hubiesen opuesto de forma activa a la intervención de los Poderes Públicos. En esos términos la solución ofrecida por el Tribunal Constitucional al supuesto de hecho se me antoja absolutamente ponderada y respetuosa con el derecho a la libertad religiosa.

Existió más bien, un funcionamiento poco eficaz del sistema articulado por los Poderes Públicos para la salvaguarda de la vida del menor.

Extraer la conclusión de que el ordenamiento jurídico –según la interpretación verificada por el Tribunal Constitucional- consiente con la muerte del menor es precipitado, aunque muchas de las críticas de que fue objeto este pronunciamiento discurren por esos cauces. No es así. Lo que se trasluce tras ese supuesto es un funcionamiento no totalmente correcto y decidido de los mecanismos de protección de un menor. Era necesaria una mayor determinación y efectividad del sistema público en su defensa: la misma firmeza que se aprecia en las últimas incidencias del lamentable suceso –entrada en el domicilio-, cuando ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor.

6. LA CIRCULAR 1/2012 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE.

Muy recientemente –octubre de 2012- el Fiscal General del Estado ha dirigido una Circular que es de obligado cumplimiento para todos los miembros de la Carrera Fiscal clarificando la forma de actuar cuando se plantea un conflicto como el analizado en la Sentencia del Tribunal Constitucional a cuyo comentario se ha destinado el epígrafe anterior. El documento tiene una gran altura doctrinal y un valor práctico superior pues servirá para acabar con vacilaciones e inseguridades. Ayuda a descubrir en la fraseología un tanto ambigua y hasta contradictoria del art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente el criterio legal que ha de inspirar la solución a esa situación.

El punto de partida de una exégesis correcta lo sitúa la Circular en la distinción entre los casos de ausencia de eventuales daños o carácter mínimo de los mismos para los intereses del menor de aquellos otros en los que existe ese grave riesgo a que alude el 9.3.c) LAP. Es obvio que ahí hay que ubicar aquellos casos en que está en peligro la vida del menor. Cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento se produce una situación de conflicto que no puede ser resultado exclusivamente en base al principio de autonomía del menor maduro o rechazo del tratamiento por sus representantes legales.

Hay dos bienes jurídicos que colisionan. De un lado, la vida o salud del paciente menor de edad; y de otro, su autonomía y libertad de decisión, o, en su caso, la de sus padres titulares de la patria potestad. La Fiscalía General del Estado apuesta de manera inequívoca por priorizar la vida del menor, aunque reconoce que el art. 9 comentado no es todo lo claro que debiera. La salvaguarda del superior interés del menor impone restricciones a la capacidad de los menores maduros emancipados, o mayores de 16 años en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario

comporten un riesgo grave: así lo infiere la Circular comentada de la cláusula contenida en el inciso último del art. 9.3 c) in fine. Al aludirse a la necesidad de “tomar una decisión”, se está reconociendo que ésta no queda en manos exclusivas del menor, ni de los padres (por cuanto se habla de tener en cuenta su opinión, no de acoplarse a ella). Esa decisión puede no coincidir con la voluntad ni del menor ni de sus padres, cuando el interés superior de aquél conduce a una actuación sanitaria no admitida por aquéllos.

La oscuridad de la dicción legal del art. 9.3 c) en este punto –razona la Circular– queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. Cita en ese punto algunas normas ya recordadas *supra*: los arts. 143 156 del Código Penal, el art. 4 de la Ley 30/1979 sobre transplantes de órganos, en relación con el 155 del CP que prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos; o el art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos que prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos excepcionales y el art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción asistida en relación con el 161 CP que prohíbe la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

Con esos antecedentes, razona la Circular: “La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones –sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud– obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital.

Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto”.

Surgido el conflicto es la autoridad judicial la llamada a decidir siguiendo las pautas apuntadas. Aparte de algunas poco claras menciones en la dispersa normativa autonómica que llevaría a igual solución, con carácter general esa intervención judicial para casos de conflictos encuentra cobijo en las previsiones del art. 158 del Código Civil. Este precepto en su nº 4 dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposi-

ciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Tras analizar el cauce procesal, la Circular acaba por sistematizar las diferentes situaciones que pueden aparecer:

- 1) El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del art. 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

- 2) El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión.

En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

- 3) El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen.

En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

- 4) Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud.

El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

La propia naturaleza de la decisión que estará revestida normalmente de caracteres de urgencia lleva a la Fiscalía General del Estado a considerar que habitual-

mente será el Juzgado de Guardia quien deba asumir la competencia para tramitar y resolver el expediente de jurisdicción voluntaria.

Los médicos no están legitimados para promover el procedimiento, pero mediante el cumplimiento de su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad, deberá el Juez proceder de oficio, si el mismo es el destinatario directo de la información, o a instancias del Fiscal, si es éste quien recibe la comunicación de los médicos. De ahí que el Fiscal General del Estado recomiende dar traslado del documento a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

7. ABORTO DE MENORES.

Esta materia era muy discutida antes de la ley de 2010. Aunque algún sector doctrinal con argumentos fundados entendía que la mayor de dieciséis años y en general toda menor "madura" podía prestar su consentimiento para tal intervención entiendo que ni era ese el tenor de la ley ni era lo que se deducía de la jurisprudencia constitucional. Sea como sea la Ley 2/2010, de 3 de marzo ha zanjado la polémica legal, aunque no la social, con un precepto específico que autoriza a la menor con dieciséis años cumplidos a consentir con el aborto en los supuestos en que está legalmente permitido y, en ciertas circunstancias, a prescindir de la información a los titulares de la patria potestad. La información necesaria para el consentimiento en los casos de aborto antes de las catorce semanas de gestación se efectúa por el procedimiento, pobre en mi opinión, de la facilitación de información sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y el transcurso del plazo de tres días. Ninguna peculiaridad existe en ese punto cuando estamos ante una menor.

Si no llega a los dieciséis años serán los representantes legales quienes puedan suplir el consentimiento. Creo que sin la anuencia de la menor, aunque en este punto la ley no sea nada clara a diferencia de la legislación anterior, no es posible el aborto. Me parece que sería una práctica contraria a su dignidad. Cuando ya ha cumplido los 16 años dispone el art. 13 de la ley en su párrafo cuarto: "En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo".

La previsión fue objeto de críticas. Destacables son las contenidas en el informe que formuló al Anteproyecto de Ley el Consejo Fiscal. En la actualidad está anunciada, aunque no se ha publicado, una reforma global de la materia, que afectaría particularmente a este tema.

Repasemos para finalizar algunas previsiones del derecho comparado en esta materia. En Francia tratándose de Menores de edad no casadas, Es necesario el consentimiento del titular de la patria potestad o del representante legal. La regulación en Italia prevé como regla general el consentimiento de los titulares de la patria potestad o representantes legales. Se excepcionan los supuestos en los que la comunicación a los padres puede estar desaconsejada, los padres niegan la autorización, o los representantes no se ponen de acuerdo, casos en los que se arbitra un procedimiento de decisión judicial. "No obstante ello, en los primeros 90 días, cuando concurren serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulten dichas personas, o cuando éstas, interpeladas, nieguen su consentimiento o expresen opiniones distintas entre ellas, el consultorio o la estructura socio-sanitaria, o el médico de familia, procede a la actuación de lo dispuesto en el art. 5 y, en el plazo de siete días, envía un informe expresando además su parecer, al juez tutelar del lugar en el que opera. En el plazo de cinco días, el juez tutelar, habiendo oído a la mujer y teniendo en cuenta su voluntad, las razones que alega y el informe médico recibido, puede autorizar a la mujer, con acto no susceptible de ser impugnado, a interrumpir el embarazo".

En la regulación portuguesa, el consentimiento por la mujer menor de edad o psíquicamente incapaz ha de ser prestado "por el representante legal, por ascendiente o descendiente y, en su falta, por cualquier pariente en la línea colateral".

En Suiza el sistema bascula sobre la capacidad de la mujer estableciéndose la misma a partir de una valoración de sus facultades para comprender con madurez el alcance de su decisión. Es decir, se puede ser menor de edad pero tener capacidad para prestar el consentimiento en este ámbito. De hecho, se establece un régimen especial para los supuestos en los que el consentimiento es prestado por mujeres menores de 16 años. En estos casos es obligatorio un asesoramiento previo especial que debe llevarse a cabo en un "centro de asesoramiento especializado para jóvenes".

¹ Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002*, páginas 698 a 707.

**LOS FACULTATIVOS ANTE EL RIESGO
DE RECLAMACIONES LEGALES EN
RELACIÓN CON EL DERECHO A LA
INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO
INFORMADO DEL PACIENTE**

Ricardo de Lorenzo y Montero

Abogado. Presidente de la Asociación
Española de Derecho Sanitario

LOS FACULTATIVOS ANTE EL RIESGO DE RECLAMACIONES LEGALES EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La exigencia de consentimiento informado y su interpretación legal en el terreno diario de la práctica clínica ha evolucionado como pocas otras materias del Derecho Sanitario. Trae su origen esta exigencia en el Proceso de Nüremberg, tras la Segunda Guerra Mundial, a causa de la declaración unánime de que la actuación en cualquier ser humano requería de su previo consentimiento, condenando, aquel Tribunal, cuantas atrocidades se cometieron en los campos de exterminio, so pretexto de estudio científico, reduciendo a los prisioneros a la condición de mera materia prima experimental, en preterición absoluta de su dignidad humana.

En nuestro ordenamiento jurídico tardó muchos años en incorporarse esta exigencia del consentimiento de las personas para actuar sobre ellas y no tuvo acogida legal hasta la Ley 14/1986, General de Sanidad, que lo recogió, entre otros derechos de los pacientes, en su artículo 10. Quiero enfatizar que esta incorporación legal, vía parlamentaria, tuvo una aparición justo de forma contraria a lo que es usual en nuestro medio sociocultural. En España es habitual que las demandas sociales de regulación legal de cualquier asunto vengan motivadas por el hecho de que en la sociedad se dan situaciones de hecho que requieren de su normación y la voz social, llegando al Parlamento, motiva la aparición de la norma reguladora de aquellas situaciones. Así ha venido sucediendo, como es de todos sabido con el divorcio o el aborto, por ejemplo. La regulación de la institución jurídica del consentimiento informado siguió, no obstante, el camino opuesto y declaró la necesidad de sujetar a una regulación normativa recién aparecida, unas situaciones sobre las que no se había planteado inquietud alguna de insuficiencia normativa. La actuación sanitaria se llevaba a cabo, al aparecer la norma, bajo patrones verticales y paternalistas y aquel precepto, de la Ley General de Sanidad, que obligaba a informar al paciente para recabar su consentimiento encontró un tanto confusos y sorprendidos al medio sanitario y a sus profesionales, así como a los operadores del Derecho. Acordarnos de aquello nos produce una curiosa sensación, hoy, tras la imparable evolución, de estos asuntos, en su clarificación y consolidación con una fuerza y rotundidad que iremos viendo.

El profesional sanitario está obligado a informar al paciente, en el seno de la relación asistencial, con los matices que iremos analizando. Incorre aquel en responsabilidad si debiendo de informar no lo hace, o si haciéndolo, lo hace de forma deficiente y con ello impide u obstaculiza un consentimiento adecuado. Este planteamiento y la relevancia de los intereses (bienes jurídicos protegidos) en juego sitúan frecuentemente a los facultativos en posición de ser reclamados y de incurrir en responsabilidad, ante los pacientes a los que atienden. Voy a orientar, pues, mi intervención abordando la exposición del tratamiento normativo de la información y el

consentimiento desde el punto de vista, como el título demanda, del modo en que han de ser manejados estos elementos por el profesional, para actuar de forma correcta, legal y deontológicamente y de ese modo conjurar el riesgo de las reclamaciones de los pacientes.

Debemos partir del presupuesto de que la capacidad de decidir es manifestación y ejercicio de la autonomía de las personas y ésta se asienta en la dignidad del ser humano.

La consideración de la persona como ser autónomo, introducida por el protestantismo no pudo por menos que afectar a la relación Médico – Paciente, llevando a una progresiva horizontalización de la misma, convirtiendo este vínculo en simétrico, en el modo que actualmente lo conocemos. Esto explica el tránsito de la relación de modelo vertical (con el Médico como protagonista) al antes referido de tipo horizontal (en donde el protagonismo lo asume el Paciente).

La importancia de este cambio se sitúa en numerosos aspectos, pero quiero mencionar aquí su relevancia en el campo de la información. Bajo criterio del modelo vertical la información se le dispensa al Paciente sólo para obtener su colaboración (seguimiento de una terapia, por ejemplo). Conforme al modelo horizontal, sin embargo, el objeto de la información es conformar (dar forma) a la voluntad del Paciente para que pueda tomar decisiones (ejercer su autonomía, en definitiva) orientadas a consentir o a disentir (como lógico reverso) respecto de la acción misma propuesta por el medio sanitario.

Es evidente que este segundo formato introduce numerosas exigencias al profesional, pero aporta elementos ajenos al ámbito científico que humanizan y dignifican la profesión sanitaria.

Me corresponde tratar un asunto de la máxima importancia y complejidad en el terreno de la relación asistencial. Voy a hacerlo sustentando el tratamiento de este asunto en unos pilares básicos:

- A. La relevancia de la autonomía del paciente en la práctica clínica, como marco determinante de las especialidades a destacar.
- B. El documento mismo en el que se plasma la información para consentir y recoger, en su caso, el consentimiento del Paciente.
- C. Las condiciones de la información a transmitir, para configurar el consentimiento.
- D. La especial importancia que ha adquirido este derecho a ser informado en la consideración de los pacientes y su consiguiente repercusión en las demandas al sistema sanitario, en el desarrollo de la relación asistencial. Quien me acompaña en esta mesa, el Magistrado Guerrero Zaplana, les dará cumplida y documentada cuenta del tratamiento, que información y consentimiento tienen en los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

A. SIGNIFICADO Y RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO.

Podemos clasificar los derechos de los pacientes en tres grandes bloques:

- Derechos de naturaleza fundamental: dignidad, intimidad...
- Derechos de naturaleza instrumental: los contenidos en las carteras de servicios (elegir Médico, recibir atención sanitaria y medicación precisa).
- Derechos específicos en el terreno de la información, dentro de cuya categoría general podemos distinguir dos apartados de naturaleza diferente: recibir información general sobre estado de salud y recibir información para consentir, apartado, este último que nos ocupa ahora.

El Tribunal Supremo, desde su Sala Primera (Sentencias de 12 de enero de 2001 y últimamente en la de 11 de mayo de 2011), ha considerado el ejercicio de la autonomía del paciente, materializado en el consentimiento informado como, "un derecho humano fundamental, un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo... consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia".

La consideración de la relevancia de la autonomía se reconoce, en el terreno normativo, en el texto del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, (que entró en vigor en España, tras su recepción, el día 1 de enero de 2000), en su artículo 5; y en la Carta Europea de Derechos Humanos, en su artículo 3.2.

En nuestro espacio normativo nacional, tras el precedente, antes mencionado, de la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, regula el contenido y alcance de este derecho del Paciente al consentimiento informado, así como las formas de su ejercicio. Debo decirles, no obstante, que la expresión "consentimiento informado" fuertemente consolidada en la terminología jurídica, bioética e incluso coloquial, para algunos juristas no es considerada demasiado afortunada entendiéndolo que debería expresarse, como "decisión informada o decisión bajo información", términos éstos que son susceptibles de abarcar tanto los supuestos de aceptación como los de rechazo de un Paciente ante la propuesta que tiene ante sí, sobre la atención a su salud que se le hubieren planteado por el medio sanitario que le atiende.

B. EL DOCUMENTO QUE RECOGE LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO.

Necesito abordar una precisión conceptual de entrada y es que el término "consentimiento informado", que acabo de analizar respecto de la decisión misma, ha

alcanzado, en su uso y consolidación, al propio documento y el "papel", permítanme la vulgaridad de la expresión, se conoce en el medio sanitario, por doquier, como "documento de consentimiento informado", cuando en realidad la función principal y el objetivo a plasmar en dicho documento, no es la de recoger el consentimiento, o al menos como único propósito. La función principal es la de aportar la información al paciente, para que una vez analizada y valorados sus extremos decida, en ejercicio de su autonomía, cual va a ser su respuesta: consentir a la acción propuesta por el medio sanitario o rechazarla. Como consecuencia de esta valoración, si opta por la primera posibilidad, entonces, plasmará su consentimiento en el documento de información. La información es el objeto del documento y siempre constará en el mismo, mientras que el consentimiento solamente en caso de aceptación de la acción clínica propuesta.

Viene, desde hace ya bastantes años, percibiéndose la importancia que tiene este relevante asunto de la información entre los derechos de los pacientes y, por tanto, de la relevancia que ha alcanzado entre los motivos de denuncias o demandas contra los profesionales sanitarios que han de facilitar esta información. Esta percepción y la importancia que se le reconoce al documento que recoge el consentimiento, como prueba documental, ha motivado que se fije la atención en dicho documento para valorar si las condiciones de emisión de la información y de recogida del consentimiento fueron correctas en una práctica clínica concreta o si, por el contrario, se ejercen acciones de algún tipo contra el medio sanitario o sus profesionales.

El análisis de la información recogida en el documento va a determinar si el paciente tenía elementos de conocimiento suficiente para valorar y decidir, y por tanto para suscribir con su firma la aceptación de la acción propuesta. En lo que respecta a este concreto extremo de la redacción de los documentos, tras varios lustros de evolución, se ha consolidado una situación actual bastante aceptable y con la lógica variedad de su redacción, según orígenes, motivos o destinatarios de los documentos, suelen tener contenidos ajustados al propósito de informar.

En los años siguientes a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico de la obligación de informar a los pacientes, operada como les he apuntado antes, por la Ley 14/1986, General de Sanidad, aparecieron documentos muy dispares, pero había una bipolarización clara. Por un lado aquellos que apenas decían nada más que inconcreciones como "acepto someterme a cuantas actuaciones convengan a mi salud en este centro sanitario y a las atenciones que me dispensen los profesionales sanitarios del mismo". Por otra parte aquellos otros que, en el propósito de ser descriptivos en la mayor medida posible, contenían avisos y prevenciones en tal cantidad y detalle que eran capaces de desanimar al Paciente más resuelto.

La finalidad de ambos tipos de documento es la misma. Son concebidos defensivamente. Su propósito no es alimentar debidamente la información que recibe el paciente y que le permita decidir. Su finalidad es conjurar la posibilidad de denuncia. Servir a modo de paraguas legal ante un paciente insatisfecho. En el caso del primer

tipo de documento mencionado a través de la obtención de un consentimiento, tan amplio y genérico, que constituyese una carta blanca de actuación al medio sanitario. Es evidente que este documento que he mencionado, redactado de esa manera, no es un documento de información para consentir, pues de nada informa, ya que carece de los elementos de conocimiento que permiten decidir y no es menos evidente que en modo alguno exonerará de responsabilidad si concurren las condiciones de su exigibilidad (una mala praxis, por ejemplo). Ese documento carece, en definitiva, de cualquier valor jurídico. En el caso del segundo tipo de documento ese derroche de información es improcedente al desdibujar por abundancia los mensajes realmente relevantes y desorientar, más que informar. Aquí también su finalidad es defensiva. El propósito es "que no se escape ninguna posibilidad". Ha sucedido lo que no se quería, pero... "lo habíamos avisado".

En la actualidad esta bipolarización se ha atenuado considerablemente y gracias a la importancia que le han reconocido a este asunto los profesionales y los centros sanitarios, existe una generalidad de documentos de redacción correcta y atinada. No obstante seguimos encontrando, en el transcurso de la práctica clínica cotidiana, un problema importante. No se lleva a cabo con el paciente un proceso dialogado acerca de la información que se le facilita, con el objeto de hacer las precisiones y aclaraciones que pueda necesitar aquel. Se da por cumplida la obligación con la entrega del documento para que lo firme y sirva, de este modo, de salvoconducto para llevar a cabo la acción sanitaria propuesta y aceptada. En realidad es un "asentimiento informado". El paso, de este modo, de la habitación de planta al quirófano se sustenta en el documento de consentimiento suscrito, pocas horas antes, a veces por el paciente. El documento, bajo esta consideración, se convierte en un fin en sí mismo, cuando la finalidad es la de ilustrar adecuadamente al paciente para la toma de sus decisiones. El objetivo final es, pues, que en la historia clínica del sujeto intervenido no falte este documento, por si surge algún problema, y aparece una reclamación, que al menos este extremo, de la constancia documental, esté salvado.

¿Cuál deber ser, entonces, la actuación del facultativo, en este asunto, para conjurar la posibilidad de ser denunciado?

Procurar que el documento exista, cuando ello sea preciso, como enseguida veremos, pero sobre todo que la información que contiene es la que debe contener y complementar dicha información con el necesario proceso de diálogo que las circunstancias de tiempo y lugar permitan al facultativo obligado a informar. A continuación me ocupo de precisar estos extremos del contenido.

C. LAS CONDICIONES DE LA INFORMACIÓN A TRANSMITIR, PARA CONFIGURAR EL CONSENTIMIENTO.

Los cuidados del profesional, para no incurrir en responsabilidad, habrán de ir dirigidos acerca de: a quién se ha de informar, cuando, sobre qué y cómo ha de facilitarse la información, para concluir con la mención de aquellos supuestos en los que

excepcionalmente no hay obligación de informar. Veamos por separado estos aspectos, dejando expresado, antes, quién es el profesional obligado a informar. La Ley 41/2002 da acogida a la figura llamada del "Médico responsable", es decir el facultativo que ha de asegurarse de que el paciente reciba aquella información que precise, sin relevar la norma de informar, además, al profesional que haya de llevar a cabo la acción clínica concreta sobre la que pueda demandar información el paciente. Ambos están legalmente llamados a cumplir con el papel de informadores y el cumplimiento de uno no excluye la responsabilidad del otro.

- El supuesto básico de destinatario de la información es que ésta y el consentimiento, que se recabe en su consecuencia, tengan como interlocutor a una persona capaz y consciente. Es el titular de la información, sin perjuicio de que, en la medida en que éste lo permita, se informará a las apersonas a él vinculadas por razones de derecho o de hecho. La Ley recoge la posibilidad del facultativo de acogerse al llamado privilegio terapéutico, absteniéndose de informar al paciente cuando este hecho le pueda ocasionar, a juicio del profesional, graves perjuicios a aquel. Habrá el destinatario de ser informado, en cualquier caso, teniendo en cuenta sus condiciones de capacidad y entendimiento.
- Ha de informarse a persona relacionada con el Paciente cuando este carezca de condiciones suficientes para entender, por cualquier motivo y aquella persona decidirá, en su caso, bajo la figura jurídica de la representación, en nombre del paciente. Este es el caso de los menores de 16 años (a salvo siempre de que concurra la figura del menor maduro, que dejo simplemente mencionada y cuya complejidad no es posible abordar ahora). Desde dicha edad la Ley establece una ficción de mayoría de edad a efectos de consentimiento, teniendo estas personas, así, la capacidad de decisión autónoma reconocida. Se requiere la edad de 18 años para los supuestos de reproducción asistida y de ensayos clínicos, habiendo quedado fuera de dicha exigencia de edad el caso de interrupción voluntaria del embarazo, tras la reforma operada por la Ley 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva.
- Un aspecto a cuidar, por tanto, por el facultativo es valorar adecuadamente la capacidad del paciente para identificar la situación concreta y sus exigencias legales.
- En el aspecto temporal habrá de informarse con carácter previo a la acción propuesta. Es concebible un posterior consentimiento por convalidación, pero está fuera de la previsión legal.
- El contenido de la información está previsto en la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, y quiero destacar entre sus apartados el relativo a la mención de la acción clínica propuesta (que será objeto de descripción) así como de las alternativas clínicas existentes. Otra mención relevante es la relativa a las consecuencias seguras de la intervención (una amputación, por ejemplo debe ser avisada). Debe contenerse, además, constancia de la posibilidad de revocación del consentimiento que se pueda, en su caso, emitir.

- Mención especial en este apartado merece el detalle de los riesgos, sobre lo que sólo puedo permitirme una breve mención. Si la actuación se enmarca en la Medicina curativa o tradicional, el detalle de los riesgos se centrará en los típicos de la acción propuesta, mientras que si va a abordarse una actuación en el terreno de la Medicina satisfactiva o no necesaria, habrá de abordarse la mención de cualquier riesgo que pueda existir, con una regla: a mayor innecesaridad de la acción propuesta, es exigible mayor detalle en la información, como norma a seguir por el facultativo para evitar ser denunciado.
- La expresión de la medida del riesgo es, también, problemática. Me preocupa el uso de los porcentajes, por la interpretación que el paciente puede hacer de ellos. Mencionar un 10% en determinada acción puede parecer un riesgo reducido a aquel (hay nueve sobre diez posibilidades de que las cosas salgan bien, interpreta), cuando puede ser la expresión de un riesgo muy alto. Determinados medios clínicos aconsejan verbalizar, en lugar de porcentuar. Riesgo insignificante, mínimo, muy bajo, bajo, medio, medio-alto, alto, por ejemplo.
- Un extremo importante que la Ley también cita es recoger la mención de los riesgos personales del paciente. No concurre el mismo riesgo anestésico, por ejemplo, en un vigoroso joven que en un anciano broncopata crónico.
- La consecuencia, a efectos de la posible responsabilidad a exigir, es que si concurre un riesgo que había sido previsto e informado y no concurre mala praxis, no hay daño antijurídico y por tanto no aparece responsabilidad en este sentido.
- El modo, el cómo, de la información ha de ajustarse a unas condiciones básicas que la Ley menciona. Ha de ser verdadera, comprensible, continuada y adecuada. Resulta muy evidente la primera condición, ya que en caso contrario se engañaría al paciente y se incurriría en responsabilidad por haber obtenido un consentimiento viciado. El que sea comprensible es una condición difícil, muchas veces, de obtener en el medio sanitario. El lenguaje técnico aporta, indudablemente, mayor rigor y precisión, pero debe reservarse para la interlocución con personas familiarizadas con él. No olvidemos que una información ininteligible es una información inexistente y, por ello, motivo de responsabilidad. Precisa, la información, de ser, además continuada pues al ser la atención clínica un tracto sucesivo, inserta habitualmente distintas acciones independientes que debe conocer el sujeto que a ellas se somete. El término "adecuada" se ha introducido en la actual regulación de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, sustituyendo a su precedente mención de "completa" que recogía la Ley 14/1986, General de Sanidad, imposible de cumplir, como es evidente en el complejo terreno asistencial.

También en este apartado he de hacer una mención especial y en este caso va referida a si la información a facilitar lo ha de ser de forma verbal o ha de constar por escrito. También aquí hemos asistido a otro cambio introducido por la Ley 41/2002 respecto de su precedente normativo, antes mencionado. La exigencia original era

que la información había que facilitarse, con carácter general, de forma escrita y excepcionalmente de manera verbal. La práctica demostró que o se incumplía esta exigencia o se corría el peligro de paralizar la práctica clínica. La vigente Ley introdujo el principio general contrario, el de oralidad y sólo se requiere la constancia escrita en los supuestos mencionados legalmente:

- Intervenciones quirúrgicas
- Procedimientos invasores
- Tratamientos peligrosos

Podría parecer que esta redacción legal despeja la duda acerca de cuándo ha de recogerse el consentimiento por escrito, pero si ponemos estos enunciados a la luz de la práctica clínica diaria veremos que no está tan claro. Déjeme que lo ilustre con unos breves ejemplos: Una extirpación de una verruga o una extracción dentaria, ¿acaso no son acciones quirúrgicas? ¿No es un procedimiento invasor una transfusión sanguínea? La prescripción de determinados antiinflamatorios ¿no supone determinados riesgos para el paciente que los utiliza?

Es preciso mencionar que la información y el consentimiento pueden tener manifestación verbal, pero es necesario recoger en la historia clínica la mención de haber concurrido ambos extremos, dejando constancia de ello a efectos documentales.

Concluiré este apartado con la mención, como les decía, de aquellos casos en los que el derecho a ser informado cede en función de otros intereses superiores. Ningún derecho es absoluto y este también conoce sus límites. La Ley exige al profesional de la obligación de informar para obtener el consentimiento en caso de:

- Tratamientos obligatorios, por su naturaleza no potestativa.
- Riesgo para la salud pública, legalmente determinado.
- Riesgo inmediato y grave para el propio Paciente, cuando no sea posible esperar y obtener su consentimiento, consultando, cuando sea posible, a las personas vinculadas a él. En este caso el profesional actuará amparado por la situación de estado de necesidad.
- Renuncia del paciente a la información, compatible con la constancia documental de dicha renuncia y con la emisión del consentimiento, cosa distinta y necesaria para eludir responsabilidad del facultativo en estos casos.

D. LA ESPECIAL IMPORTANCIA QUE HA ADQUIRIDO EL DERECHO A SER INFORMADO.

Importa mucho dejar sentado que la información al paciente no es un valor añadido a la práctica clínica, sino que se integra en la misma, formando parte de su núcleo esencial. La acción asistencial no se agota con el aspecto científico-técnico. Es decir si no ha habido información, en absoluto, o aquella fue deficiente, habrá una

infracción de la Lex Artis, aún cuando la ejecución técnica hubiese sido impecable. La pregunta siguiente es: ¿El sólo hecho de no informar o hacerlo mal, genera responsabilidad? o ¿Es necesaria la concurrencia de un daño al paciente, ocasionado por la falta o deficiencia de la información?

La evolución de este asunto ha sido del segundo planteamiento al primero, en sede no penal, al considerarse que concurre daño moral en el destinatario de una información, al no haberla recibido en absoluto o de forma deficiente. Se lesiona su autonomía y se le conculca un derecho fundamental, según la Tesis del Tribunal Supremo.

Tal es el valor que se reconoce a la autonomía y que sitúa al profesional, cuando propone una acción clínica, frente a un Paciente que puede situarse en una de estas cuatro posturas:

1. Aceptar la propuesta del profesional sanitario.
2. Rechazar la propuesta del profesional y formular otra diferente, pero viable.
3. Rechazar la propuesta del profesional y formular otra diferente, pero inviable.
4. Rechazar la propuesta del profesional, sin formular alternativas.

La posición del facultativo sólo puede ser la de informar y escuchar, respetando siempre la voluntad del paciente, aún cuando pueda ser contraria a los intereses de salud de éste. Tratará de orientar y remover una negativa perjudicial y no aceptará propuestas del paciente que no comparta bajo su criterio clínico, en el entendimiento de que no existe la Medicina a la carta y que debe tener, siempre, el interés del Paciente como guía. No está el profesional obligado a adoptar la solución propuesta por el Paciente, si no la estima adecuada, pero para tomar otra distinta a la propuesta debe contar siempre con la voluntad de aquel.

En este obligado marco de respeto a la autonomía, existe siempre el criterio clínico y ello obliga a dejar constancia escrita de todas estas diferencias, que reflejen con precisión las posturas de ambas partes en el escenario asistencial.

Concluyo dándoles cuenta del giro que ha tenido, en los últimos años, el motivo de las reclamaciones de los pacientes hacia el medio sanitario. Tiempo atrás la atención se fijaba en el aspecto científico técnico, antes mencionado y así las demandas por ejercicio deficiente de la lex artis eran porcentualmente muy numerosas, habiéndose focalizado últimamente la atención en las reclamaciones por infracción a aspectos relacionados con la información y el consentimiento, cuestiones que han alcanzado abundante e intenso tratamiento jurisprudencial y de los cuales dará cuenta el ponente que me seguirá en el uso de la palabra

CONCLUSIONES

Las pautas a seguir, como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, por los facultativos, para ajustar su práctica profesional en lo relativo a la información a facilitar y el consentimiento a obtener, pueden ser las siguientes:

- Partir de la consideración de que el ejercicio de la autonomía de los pacientes es un derecho de carácter fundamental.
- El documento de consentimiento informado tiene la función principal de ilustrar el conocimiento del paciente, no la de constituir una simple formalidad legal.
- Nunca debe concebirse este instrumento de forma defensiva.

Es muy importante considerar su valor probatorio, por lo que respecta a su contenido y a su misma existencia.

- La información ha de ser siempre adaptada a la capacidad de entender de su destinatario y cumplir las condiciones legales en cuanto a los demás aspectos a destacar.
- Un elemento básico del documento es el de la descripción adecuada de los riesgos al caso concreto y la personalización de los mismos.
- La redacción general ha de ser inteligible y explicarse, en la medida de lo posible, de forma verbal al Paciente
- Se observarán aquellos casos en los que ha de facilitarse la información por escrito y se cuidará de dejar constancia escrita del hecho de haberla facilitado de manera verbal en los casos en que así proceda.
- Cuando no pueda ser facilitada la información al Paciente y se precise actuar sin demora, se tratará de localizar e informar a personas allegadas.
- Aunque es obvio, en caso de desacuerdo con el paciente, se tratará de convencerle, pero nunca se impondrá el criterio clínico, ni directa ni indirectamente. De ello se dejará constancia escrita.

**PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EN
LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE
CONSENTIMIENTO INFORMADO,
ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LAS
PRODUCIDAS EN LA SANIDAD PÚBLICA**

José Guerrero Zaplana

Magistrado del Gabinete Técnico
Tribunal Supremo

PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LAS PRODUCIDAS EN LA SANIDAD PÚBLICA.

1. EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La cuestión a la que tratamos de dar respuesta es si la debida prestación del consentimiento con todos los requisitos y en las condiciones exigidas por la normativa puede llevar aparejado algún efecto respecto al surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, se trata ahora de determinar si la omisión del deber de informar al paciente en toda clase de actuaciones (en los términos empleados por la Ley) que afecten a la salud del enfermo es tomado por los Tribunales como causa de la aparición de responsabilidad patrimonial.

Debemos entender, en la hipótesis de que se haya informado correctamente al paciente, que, por el hecho de que se haya facilitado toda la información requerida para la intervención o el tratamiento que precise, no se puede hacer al paciente responsable de una hipotética y futura mala práctica médica; habrá que distinguir, por un lado, los riesgos inherentes a toda actividad médica, que serán responsabilidad del paciente que haya sido debidamente informado de dichos riesgos, y por el otro, el resto de riesgos, que derivan de una incorrecta actuación médica, y que no pueden imputarse al paciente y ello pues, cuando se consiente, se presta el consentimiento para una práctica médica adecuada, pero no para que se desarrolle una defectuosa práctica médica o una actuación que no se acomode a los criterios de la *lex artis* como criterio de normalidad de la actuación médica.

En el extremo contrario de la hipótesis, hay que tener en cuenta que el hecho de que se haya incumplido la obligación de facilitar la información debida al paciente tampoco puede hacer recaer sobre el médico o sobre la Administración sanitaria responsabilidades que no deriven del cumplimiento de los requisitos esenciales para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial. Es decir, lo que genera la responsabilidad patrimonial de la Administración es la defectuosa o incorrecta práctica médica con el resultado correspondiente sobre la vida, la salud o la integridad del paciente, pero a ello deben unirse los efectos que se derivan de la defectuosa prestación de información. Es decir, si se produce un resultado contrario al esperado (o simplemente perjudicial para la salud o la integridad del paciente) pero en la actuación de los servicios médicos no se ha apreciado que se haya obrado de modo contrario a los criterios de la *lex artis*, no es fácil imputar dichos daños a la administración por el simple hecho de que se hubiera omitido el deber de información.

Es necesario que nos refiramos, a las distintas posibilidades como las sentencias exponen el efecto de la debida información y de la prestación del consentimiento del paciente producen en una reclamación derivada de la asistencia sanitaria:

- Por un lado cabe hablar de aquellas sentencias que contemplan supuestos que anudan a la falta o deficiente información la infracción de la *lex artis*; se trata de los supuestos clásicos de declaración de responsabilidad basada en la violación del tal criterio de normalidad y, en su caso, el argumento de la omisión del derecho a la información se toma como un argumento "a mayor abundamiento". Hay multitud de sentencias en las que, si bien se produce un incumplimiento de la exigencia de información, en realidad se produce también una asistencia contraria a la *lex artis* por lo que la indemnización se articula siempre por esta segunda vía dejando al margen la violación de las exigencias de información.
- También existen sentencias que anudan a la falta de información el resultado que se produce sobre la salud del paciente pero que, como veremos a continuación, plantean problemas en cuanto a la determinación de la relación de causalidad.
- En tercer lugar, hay que referirse a aquellas otras sentencias que entienden que si no se produce un resultado sobre la salud del paciente no es valorable la omisión ó defectuosa prestación del consentimiento.
- Por ultimo, nos referiremos a la jurisprudencia que entiende que la omisión o defectuosa prestación del consentimiento es un daño autónomo indemnizable por sí mismo y aunque la actuación haya sido médicamente correcta.

2. LA FALTA DE INFORMACIÓN COMO CAUSA DEL RESULTADO LESIVO

No podemos dejar de mencionar algunas sentencias iniciales en las que anudaban a la falta de información la producción del resultado lesivo; sentencias cuyos criterios y razonamientos no se han visto reproducidos posteriormente no consolidados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia de la Sala Primera de fecha 26 de septiembre de 2000 (Rec. 4448/97) reconoce una indemnización de treinta y cinco millones de pesetas a favor de una persona que se sometió a una intervención quirúrgica de estapedectomía por padecer una hipoacusia de carácter progresivo y que concluyó con una cofosis total (pérdida de audición). Considera acreditado el Tribunal que al paciente no se le informó sobre las diversas opciones que había para realizar la intervención a la que se sometió y que, además, unas y otras tenían muy diferente número de contraindicaciones y posibles complicaciones; la sentencia no entiende acreditado que la actuación médica haya sido contraria a la *lex artis*, sino que entiende que se ha producido un consentimiento desinformado a cargo del paciente al habersele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y las consecuencias de la intervención, y añade: «*Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos derivados de la intervención en lugar de la paciente*».

Es importante tomar en consideración que en esta sentencia se avanza un paso respecto de aquellas otras sentencias en las que se valora la omisión de información

junto con la corrección de la asistencia sanitaria y ello pues se considera que la omisión de la exigencia de información hace que sea el médico el que asume los riesgos de la intervención; téngase en cuenta que toda intervención quirúrgica tiene riesgos ineludibles derivados de la eventualidad del resultado sobre la vida y la salud de las personas, pero hacer recaer sobre el médico los riesgos de la intervención por el hecho de que se haya incumplido la exigencia de información es una consecuencia que, en principio, carece de apoyo legal suficiente.

La sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (en el recurso de casación foral 9/2002) de fecha 6 de septiembre de 2002 obtuvo una conclusión semejante; planteaba el supuesto de una niña aquejada desde su nacimiento de una afección cardíaca y que fue intervenida de una estenosis supraavicular aórtica severa (intervención que exigía circulación extracorpórea y parada cardíaca) y en la que era necesario el consentimiento de los padres para la realización de dicha intervención quirúrgica (realizada en un centro no integrado en la Seguridad Social); El fundamento sexto de esta sentencia trata la cuestión de la responsabilidad derivada del consentimiento informado y, con cita de la sentencia de 4 de abril de 2000 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, concluye con un razonamiento que es claramente innovador en la jurisprudencia más moderna: *«la ausencia de consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquellos, cual sucede con los de carácter neurológico...»*.

Entender que el efecto de la falta de información hace recaer sobre el médico los riesgos de la intervención de que se trate no parece que esté suficientemente apoyado en texto legal alguno y carece de base jurisprudencial suficientemente estable y consolidada. Resulta, además, que se contraponen el reconocimiento de dicho efecto con alguna jurisprudencia que entiende que el cumplimiento de los requisitos legales en materia de información y consentimiento no permite hacer responsable al paciente de los resultados de la intervención de que se trate.

3. VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FALTA DE INFORMACIÓN

Descartado que el médico se haga responsable de las consecuencias sobre la salud una vez que se han incumplido las exigencias de información, es necesario determinar cual es el efecto, sobre todo desde el punto de vista económico, que tiene para el perjudicado la infracción de sus garantías sobre información y consentimiento.

La circunstancia de que la regulación completa de la Información y del consentimiento haya sido reciente (regulación operada por la Ley 41/2002 y las correspondientes leyes autonómicas) ha ocasionado que la valoración jurisprudencial no se haya producido hasta pasados unos años de la promulgación de dichas normas, y la realidad es que, desde hace unos años, puede constatarse una cierta vacilación jurisprudencial. La jurisprudencia ha tratado casos muy distintos en los que se planteaban

las reclamaciones desde muy diversos puntos de vista y por esta razón la respuesta que se ofrecía era diferente. Evidentemente *el abanico de situaciones es extraordinariamente variado*: actuaciones medicas conforme a la *lex artis* en que no se informaba; actuaciones en que tampoco se informaba pero, además, se facilitaba una prestación asistencial errónea, defectuosa ó contraria a la *lex artis*; situaciones en que la deficiencia de información se producía ante prestaciones de medicina satisfactiva; supuestos en los que la cuestión que se planteaba hacía referencia al cumplimiento de requisitos formales en relación a la exigencia de información como podían ser los relativos al contenido del formulario de información ó a las situaciones excepcionales en las que no era precisa la información al paciente, etc.; en otras ocasiones la jurisprudencia contemplaba situaciones de deficiente información en que la actuación medica era, forzosamente, la prescrita sin que hubiese posibilidad de opción. También se han planteado supuestos en los que existía deficiente información pero relativos a una actuación medica correcta y en los que no se producían efectos directos sobre la salud del paciente.

Podemos señalar, sin animo de ser exhaustivos y citando solo jurisprudencia del Tribunal Supremo, algunos supuestos en que *la respuesta inicial de la jurisprudencia ha sido prácticamente contraria* ante situaciones muy semejantes:

A.- La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 4 de Abril de 2000 (Recurso 8065/95) conoció de una reclamación en la que se trataba de una actuación médicamente correcta realizada a un menor de edad sin facilitar información a sus padres y la sentencia entiende que la omisión del consentimiento privó a los padres de la posibilidad de ponderar la procedencia de realizar la intervención por lo que "esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración (...) supone por si misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención". Para esta sentencia, pues, la falta de información se constituye como un daño moral que deberá indemnizarse siguiendo los criterios generales de toda clase de daños morales.

B.- La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 26 de Septiembre de 2000 (a la que ya nos hemos referido) llegó a otra solución y concluyó que "con este actuar profesional el demandado asumió por si solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente". Para esta sentencia, pues, el medico que no informa correctamente asume personalmente la obligación de indemnizar los daños que se produzcan sobre la salud y la integridad física del paciente.

4. PRIMERAS SENTENCIAS

Poco a poco se ha ido perfilando una línea jurisprudencial que, ha sentado la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia de consentimiento informado; de entre estas sentencias cabe citar las siguientes:

La Sentencia de la Sala Tercera de fecha 26 de Febrero de 2004 (recurso 8556/99) en un supuesto en el que se produjo una perforación esofágica, estableció que: “Así las cosas, *aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede por se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente* y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”. No obstante, como faltaba la oportuna relación de causalidad, finalmente, no hubo lugar a valorar la indemnización a que hubiera podido derivarse de la falta de información y consentimiento.

Siguiendo este mismo criterio, la Sentencia de fecha 9 de Mayo de 2005 dictada en el recurso de casación 3546/2001 que trata la reclamación de una señora que fue sometida a una intervención de ligadura de trompas (que resultó ineficaz) sin ser informada de los riesgos que dicha intervención podrían acarrear para el agravamiento de otras patologías que padecía, agravamiento que, finalmente, se produjo y que concluyó con la casi total pérdida de visión. La sentencia dedica buena parte de su fundamentación al nexo causal entre el embarazo y el desprendimiento de retina y la espondilolistesis que padecía la paciente (asunto este que dio lugar a un voto particular de varios de los Magistrados firmantes de la sentencia).

Por lo que ahora nos interesa, la sentencia es contundente cuando en el último párrafo de su Fundamento Jurídico Sexto dice: “De lo hasta aquí expuesto, debe concluirse que de esa falta de consentimiento informado exigido por el artículo 10.5 y 10.6 de la Ley de Sanidad, se ha derivado para la recurrente un daño moral en los términos y por las razones que se han señalado, lo que determina que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y consiguientemente procede la estimación del segundo motivo de recurso de casación, lo que obliga a entrar en el fondo de la cuestión debatida”. El daño moral se había identificado en la misma sentencia en relación con el embarazo no deseado y los riesgos de los que no había sido informada la paciente; no obstante, al fijar la indemnización tampoco se atiende a la cuestión específica del daño moral derivado de la omisión de información y se habla de que: “atendiendo todas las circunstancias concurrentes y los daños morales sufridos por la recurrente, derivados del embarazo no deseado y de la situación de angustia incide durante el mismo parece ponderado otorgar la cantidad de 60.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial”

Los Magistrados firmantes del voto particular, con más contundencia, afirmaban que es reiterado el criterio de la Sala en el sentido de que *el consentimiento informado no da lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno* para el recurrente pues no existe responsabilidad si no se deriva daño antijurídico.

La sentencia de la misma Sala de fecha 22 de Junio de 2005 (Recurso de casación 4295/2001), tras realizar algunas consideraciones generales sobre el consentimiento informado y su integración como elemento de la correcta *lex artis* y sobre la exigencia de la igualdad de armas entre la administración y el paciente a la hora de entenderse acreditada la existencia de consentimiento escrito, entra de lleno en la cuestión que nos ocupa declarando de modo contundente que: “por si sola la falta de consentimiento informado, con carácter general, si bien supone una mala praxis medica en cuanto que infringe las disposiciones de la Ley General de Sanidad, no constituye en si misma motivo determinante de la concesión de indemnización consiguiente a la declaración de responsabilidad de la Administración pues, en todo caso resulta necesario la producción de un resultado dañoso”.

Continua la sentencia exponiendo como la propia ausencia de consentimiento informado en los términos expuesto origina un daño “daño consistente en la situación de grave riesgo a que se somete la paciente atendidas las graves patologías que le afectaban. (...) Esta creación de una situación de grave riesgo, decimos, es indemnizable al constituir un daño en si mismo, con independencia de que se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba medica y el resultado de muerte”; la fijación de la indemnización se razona del siguiente modo: “Todo ello determina que en el presente caso y ante la falta del consentimiento informado haya de ser indemnizada la actora a consecuencia del *pretium doloris* por el fallecimiento de su madre en la cifra de 30.000 euros que ha de entenderse actualizada al día en que se pronuncia esta sentencia y sin perjuicio de los intereses de demora a que se refiere el artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción”. En el mismo sentido cabe citar la de fecha 18 de Enero de 2005 (recurso 166/2004) que insiste en la misma conclusión.

De la exposición de los argumentos de estas sentencias resulta que la *doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, vincula la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración en caso de defectuosa ó deficiente información a la existencia de un daño* de donde cabe deducir que, en sentido contrario, no sería indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial, una omisión de información en la que solo concurra dicha falta ó defectuosa información sin que se haya producido tal resultado dañoso.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de Septiembre de 2005 (recurso 5078/2002) y la Sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada en el recurso 3409/2002 de fecha 4 de Abril de 2006 tratan supuestos semejantes y todas estas sentencias hablaban de daño pero *no detallaban la clase de daño* que podría servir para que surgiera la responsabilidad derivada de la falta de información; podía plantearse si el daño que podía dar lugar a la indemnización era solo el daño material (equiparable a secuela ó daño físico) ó si, por el contrario, también sería suficiente un daño moral derivado de la lesión al principio de autodeterminación que se encuentra en la base de la exigencia de información.

La sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 16 de Octubre de 2007 dictada en el recurso 9768/2003, dando un paso más, resolvió acertadamente la cuestión al hablar expresamente del daño moral: "Hemos dicho ya que en supuestos como el que nos ocupa el daño indemnizable es el daño moral, habiéndose lesionado el poder de la persona de autodeterminarse al negarles la posibilidad de realizar la prueba adecuada para detectar posibles anomalías del feto, cuando había factores de riesgo, culminando todo ello con el nacimiento de una niña con Síndrome de Down, sin que la Administración haya probado que la recurrente caso de conocer la malformación del feto no hubiese optado por un aborto terapéutico". Sobre la base de este razonamiento se indemnizaba a la madre reclamante con ciento cincuenta mil euros por el hecho de no haber sido informada correctamente habiéndosele privado de la posibilidad de conocer la malformación del feto que gestaba impidiendo de este modo la posibilidad de optar por el aborto terapéutico.

4.1.- ALGUNOS COMENTARIOS CRÍTICOS.

Sin embargo, es necesario señalar como la consideración de la omisión del consentimiento como indemnizable solo si se vincula con la producción de un determinado daño, pudiera ocasionar efectos no queridos por la propia jurisprudencia que interpreta de este modo las exigencias de información derivadas de la normativa actualmente aplicable a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial. Las diversas sentencias que hemos recogido en los apartados precedentes parecen referirse a la exigencia de producción de daños físicos (traducibles en lesiones ó secuelas físicas específicamente predicables de un determinado paciente) pero no se ha aclarado suficientemente si el daño que debe producirse para que sea indemnizable la omisión de consentimiento podría ser un simple daño moral derivado de la infracción de las garantías que sobre información y consentimiento se derivan de la normativa de referencia.

En hipótesis, podría pensarse en una actuación medica que se llevara a efecto con infracción plena de las garantías sobre información y consentimiento en la que el medico en cuestión actuara con total desprecio de los derechos del paciente pero que no produjera resultado negativo alguno y en donde la salud del paciente se viera plenamente restablecida sin lesión ni secuela de clase ninguna. En este supuesto, podría pensarse que, al no haberse producido daño, no sería posible indemnización siguiendo la línea jurisprudencial que acabamos de plantear que exige la producción de un daño, pero, en realidad, parece que tal conclusión podría ser considerada ciertamente apresurada. Mas acertado parece pensar que en ese supuesto se habría producido un daño, pero se trataría de un daño moral derivado de la infracción de las garantías de información y consentimiento previstas para el paciente y ese daño sería indemnizable de modo independiente de los concretos daños físicos que se hayan producido y que, en la hipótesis que tratamos, no se han llegado a producir.

En conclusión de todo lo expuesto, resulta que podemos distinguir los siguientes supuestos en lo que se refiere a la valoración jurisprudencial del consentimiento informado:

- Aquellos casos en que se produce un daño por infracción de la *lex artis*; daría lugar a indemnización pero no tanto por la infracción de las exigencias de información y consentimiento sino por la simple infracción de la *lex artis* que produzca un daño sobre la salud del paciente.
- Producción de un daño por concurrencia de un riesgo imprevisible o atípico; sería el caso de los supuestos en los que se hace necesario la aplicación del actual artículo 141.1 de la Ley 30/1992 (infecciones por el virus VIH o VHC) en los que como no era posible informar del riesgo del que no se conocía por no permitirlo el estado de la ciencia, no es posible fijar ninguna indemnización ni a resultas de la producción del daño ni a resultas de la infracción de las exigencias de información.
- Producción del daño cuando concurre un daño típico y previsible; sería el caso contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 en la que, tomando en consideración que la exigencia de información forma parte de la *lex artis*, se hace necesario indemnizar sobre la base de que se ha producido un daño moral.
- Supuestos de omisión del consentimiento que no produce lesión física; en este punto es necesario que se asiente la jurisprudencia con el fin de que se determine si la infracción de las exigencias de información debe considerarse un daño autónomo indemnizable independientemente de la lesión que se hubiera podido producir sobre la salud del paciente.

5.- LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 10 DE FEBRERO DE 2009 y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 37/2011.

Toda la doctrina aceptada de modo estable y que venimos reproduciendo hasta ahora, se tambaleó con la sentencia de la misma Sala Tercera que ha incluido afirmaciones que no se compadecen con la correcta protección de los pacientes y la confirmación de los criterios expuestos en ella podría conllevar claros menoscabos en relación al derecho de autodeterminación del paciente.

Se trata de la sentencia de la Sala Tercera de fecha 10 de Febrero de 2009, dictada en el recurso 6997/2004 que se refiere al supuesto de una persona accidentada que resulta con quemaduras importantes en el 22% de su cuerpo y que debió ser intervenido en varias ocasiones y en la última de ellas se le debió realizar la amputación de la falange distal de ambos pulgares por presentar "necrosis coagulativa en fase de detersión".

La mencionada sentencia, tras reconocer como cierto que los médicos actuaron sin contar con el consentimiento del paciente para la intervención quirúrgica (con lo que

se está asumiendo que nos encontramos ante una actuación medica contraria a la *lex artis*) y que en intervenciones con grandes quemados es difícil solicitar y obtener un consentimiento pormenorizado, recoge el siguiente razonamiento en su fundamento jurídico Cuarto: "siempre quedaría el hecho -que la sentencia impugnada considera probado y que, por tanto, no puede ahora ser revisado en casación- que la amputación de los pulgares necrosados permitió la curación del paciente. Este extremo es importante porque, según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes *sentencias de 1 de febrero de 2008 y de 11 de junio de 2008*. Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, *si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna.* (...)

Es conveniente añadir, para disipar cualquier sombra de duda, que de la valoración de la prueba hecha por el tribunal a quo, que no ha sido impugnada como irracional o arbitraria en este recurso de casación, se desprende que no existía alternativa a la amputación de los pulgares necrosados.

Sobre la base de los criterios que derivan de esta sentencia podría llegarse a la conclusión de que lo relevante no es el cumplimiento de las exigencias y garantías derivadas de la prestación del consentimiento, sino el simple dato de la curación del enfermo y que dicha curación serviría para convalidar cualquier actuación medica realizada sin informar y sin obtener el consentimiento del paciente.

La confirmación del criterio expuesto en la sentencia que comentamos llevaría a considerar conforme a la normativa sobre derechos del paciente cualquier actuación médica con la única exigencia de que obtuviera un resultado positivo sobre la salud sin que fuera necesario tomar en consideración la infracción de las garantías sobre autonomía del paciente. De este modo, deberían rechazarse reclamaciones en que falta el consentimiento informado en supuestos como los siguientes: a) supuestos de tratamiento único en los que la ciencia médica no conoce más que una técnica ó tratamientos posibles; b) supuestos en los que se ha actuado correctamente desde el punto de vista científico cuando sea claro que no existía otra opción ó la opción puesta en práctica por los médicos es la abrumadoramente mas aconsejada; c) Supuestos de actuación en beneficio del paciente pero sin haber solicitado su consentimiento.

Pudiera parecer que esta sentencia pretende hacer renacer al principio inspirador de la actuación médica de hace unos lustros cuando se hablaba de "todo por el paciente pero sin el paciente" pero este criterio parecía desterrado con la ultima legislación en materia de derechos del paciente y, además, resulta contrario a los criterios que tratan de intensificar la intervención del paciente en su proceso curativo.

Dicho criterio no parece haber sido continuado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que en una mas reciente sentencia en el que se produce un supuesto de falta

de información sin resultado dañoso reconoce el derecho a ser indemnizado por el daño moral en que consiste la privación de la información: se trata de la sentencia. La sentencia de fecha 22 de Octubre de 2009 dictada en el recurso 710/2008 donde se dice que:

“Sin embargo es lo cierto que esta Sala estimó dos de los motivos planteados al quedar plenamente demostrado que en las pruebas diagnósticas a que se sometió al recurrente no se cumplió con la obligación de informar adecuadamente al enfermo de los riesgos que entrañaban y de las consecuencias que de las mismas podían derivar, infringiendo la obligación de hacerlo para respetar la autonomía del paciente y dejar a su elección el aceptar o rechazar la realización de esas pruebas en el ejercicio de su libertad y dignidad personal que le son consustanciales(...).

Como sabemos eludir el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario por todas Sentencia de 1 de febrero de 2.008, recurso de casación núm. 2.033/2.003, que según tiene declarado esta Sala no da lugar per se a indemnización cuando no se ha producido un daño que haya que reparar como consecuencia de haberse conculcado esa *lex artis* citada.

Pero también tiene declarado esta Sala que en determinadas circunstancias esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25 de abril, 9 de mayo y 20 de septiembre de 2.005 y 30 de junio de 2006. Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo y, que en este supuesto, establecemos en la suma de sesenta mil euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de esta indemnización”.

Merece la pena realizar alguna referencia a la sentencia 37/2000 del Tribunal Constitucional que en sede e recurso de amparo frente a una sentencia civil que había rechazado su pretensión de ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma.. Dicha sentencia recoge los siguientes razonamientos:

- El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad.
- Para que esa facultad de consentir pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre

las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento.

- La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente.
- Dicha omisión no implica necesariamente que se haya producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del actor, siendo preciso atender a las circunstancias del caso para determinar si aquella omisión se encontraba justificada o no desde un punto de vista constitucional. Y es que el referido derecho fundamental no es un derecho absoluto ni ilimitado, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder, como ya se ha expuesto anteriormente, ante intereses constitucionalmente relevantes,

Sobre esta base concede el amparo al recurrente por entender que no se había justificado por las sentencias dictadas en primera y segunda instancia la imposibilidad de otorgar el consentimiento por razones de urgencia y afirma que <<no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad, ninguna de las cuales ha sido objeto de mención y, mucho menos, de análisis por parte de los órganos jurisdiccionales que, como queda dicho, han empleado otros conceptos para justificar que se eludiera la obligatoriedad de la prestación del consentimiento informado (...) se puede afirmar que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)>>.

6.- SENTENCIAS RECIENTES Y CONCLUSIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia mas reciente que se ha dictado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha recogido una serie de criterios que se basan en los principios que sentó la jurisprudencia inicial a la que nos acabamos de referir y de la que deriva la consideración de la falta de información como un daño moral susceptible de indemnización; podemos citar, entre las mas recientes, la sentencia de fecha 2 de Noviembre de 2011 (Rec. 3833/2009) que trata una reclamación formulada por un medico pediatra que quedó en situación de parapleja después de una determinada intervención quirúrgica a la que debió ser sometido; la sentencia afirma que "Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal exis-

tente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)".

Por lo tanto, cabe afirmar que la jurisprudencia considera la falta de información como un daño moral cuya indemnización solo se condiciona a que exista una relación causal entre el acto médico y el resultado producido (aunque sobre esta existencia será necesario profundizar mas adelante).

En parecido sentido también se pronuncia la Sala Tercera del Tribunal Supremo en otras sentencias entre las que podemos citar la de fecha 9 de Octubre de 2012 (Rec. 5450/2011) que trata un supuesto de lesión medular posterior a una serie de intervenciones quirúrgicas y que confirma la estimación del recurso realizada por la Sala de instancia afirmando que "la información ofrecida al paciente no está documentada, por lo que debemos considerar que la información, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podía acarrear la operación, no se constata que se halla ofrecido. No se ha documentado que se halla ofrecido cumplida información respecto de las posibles secuelas que podría acarrear la operación -varias- a que fue sometido el paciente".

La consecuencia mas importante de lo dicho hasta ahora es la consideración de la falta de información como un daño moral y ello pues de ahí deriva la posibilidad de fijar una indemnización para reparar dicho daño moral; lo razonable es entender que la intensidad de dicho daño moral (y el correlativo importe de la indemnización que deba fijarse) debe vincularse a la gravedad de la omisión de los derechos de información y no a la gravedad de la lesión ó secuela que se pueda haber producido sobre la salud del paciente; así lo ha dicho el Tribunal Supremo en alguna sentencia pero no con la claridad que sería deseable: así resulta de la STS de fecha 30 de Septiembre de 2011 (Rec. 3536/2007)

Algunas otras cuestiones accesorias también proceden de la jurisprudencia mas estable emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

- No se exige en todo caso el consentimiento escrito; lo que se exige es la acreditación de la información pero no la formalización de la forma de prestarlo.
- La indemnización puede proceder de la falta total de información y también de descuidos parciales en aspectos formales en la prestación del consentimiento.
- Puede admitirse el consentimiento como suficiente cuando proceda no de un formulario único sino también de diversos documentos de los que resulte la suficiencia de la información facilitada. De ahí la importancia de la cumplimenta-

ción de una correcta historia clínica para valorar la suficiencia de la información.

- La fijación de la indemnización como daño moral obliga a la que la indemnización se fije por la Sala de instancia debiendo limitarse el recurso de casación a los supuestos de valoración injustificada ó carente de base.

La sentencia de la Sala Tercera de fecha 24 de Abril de 2012 (Rec. 354/2011) recoge una conclusión que, en principio, se aparta de la línea que apunta la jurisprudencia mas estable

Esta sentencia parte de un supuesto de embolización y en el último de sus fundamentos se afirma que "No se constata la existencia de información algún sobre la embolización y, por tanto, sólo podemos considerar que no hay consentimiento informado para dicha praxis médica -sin perjuicio de que fuera la adecuada-, hasta el punto de que, en base a nuestra doctrina que acabamos de reflejar, debemos estimar el recurso en este extremo.

Pero la estimación del recurso en el extremo referido a la falta de consentimiento informado, no significa que debamos estimar el recurso interpuesto en cuanto al otorgamiento de una indemnización. Consideramos que no hubo suficiencia en lo referido al consentimiento que debe pedirse al paciente para la actuación médica de que se trate, pero también constatamos (...) que la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación, no nos permite aceptar que exista responsabilidad patrimonial de la administración, pues *el resultado lesivo a que hemos aludido anteriormente se hubiera producido de todas formas*. Con ello queremos resaltar que, dentro de los límites del recurso de casación, no podemos considerar el daño causado como antijurídico, pues no existen elementos adecuados para variar la tesis de la instancia, en el sentido de que no ha existido mala praxis en la prestación sanitaria prestada al recurrente".

La conclusión de esta sentencia es clara cuando afirma que "Procede, en definitiva, la estimación del recurso de casación, en lo referido a la insuficiencia o inexistencia de consentimiento informado para la práctica de la embolización, pero al no acreditarse -sino todo lo contrario- que se haya actuado con mala praxis, entendemos que, en este supuesto específico, debemos desestimar la pretensión de responsabilidad de la administración".

Esta conclusión, tal como hemos afirmado mas arriba, no es compartible puesto que llevaría a la conclusión de que en los supuestos de actuación medica correcta sin producción de daño contrario a la *lex artis*, sería irrelevante que se hubiera facilitado al paciente una correcta ó incorrecta información.

7.- LA CUESTIÓN DE LA VALORACIÓN ECONOMICA.

Hasta ahora, en casi ninguna de las sentencias estimatorias que hemos citado se recoge una motivación y una argumentación detallada sobre las razones que pueden llevar a valorar el importe de la indemnización que se señala; quizá en consi-

deración a que las argumentaciones de las sentencias conjugan argumentos referidos tanto al cumplimiento de los requisitos de la *lex artis* como argumentos referidos a la exigencia del consentimiento, la fundamentación dedicada a fijar el importe de la indemnización viene siendo mucho más parca de lo que sería de desear. Por lo general, las sentencias fijan la cantidad a indemnizar pero no hacen un análisis ni de las razones que llevan a la fijación de la cantidad ni sobre cuál ha sido el modo de valorar el daño que supone para el paciente la restricción de su derecho a la información.

Excepcionalmente, las sentencias citadas al inicio sí recogen algún razonamiento sobre la cuestión, tanto la sentencia de la Sala Tercera de fecha 4 de abril de 2000 (que reconocía como indemnizable la falta de información de modo autónomo como daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal) como la sentencia que hemos citado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra recogen los razonamientos que les han llevado a fijar las indemnizaciones que señalan pero sus resultados son tan contrarios que no es posible establecer con claridad el modo de valorar la producción del daño al que nos referimos.

A la hora de la fijación del importe indemnizatorio es posible optar por dos sistemas: por un lado es posible que se valore la omisión de la información como daño autónomo que se debe tomar en consideración de modo independiente de otros posibles daños (tal como hace la sentencia de la Sala Tercera de 4 de abril de 2000); por otro lado, es posible que lo que se valore sea el daño físico que se haya producido sobre la salud o la integridad física de la persona afectada (como hacen, fundamentalmente, las sentencias que unen la valoración de la corrección de la *lex artis* con la valoración del cumplimiento de las exigencias de información).

En cualquier caso, si hemos admitido la consideración como daño autónomo de la infracción o limitación de las exigencias de información de los pacientes, no hay duda de que la opción mantenida por la sentencia de 4 de abril de 2000 es perfectamente razonable: es necesario establecer un criterio objetivo que permita valorar el daño que supone para el paciente el hecho de que se le prive de su derecho a ser correctamente informado y dicho criterio debe establecerse por referencia al daño moral.

Por el contrario, partiendo de la base de que consideramos que es difícil justificar el que se impute al médico (o al servicio sanitario de que se trate) el posible resultado dañoso sobre la salud del paciente que se produzca en un supuesto en el que exista una defectuosa información, parece que no sería razonable fijar la indemnización en relación al resultado que se haya producido sobre la salud del paciente, porque no es posible establecer el suficiente nexo causal entre la omisión o defectuosa información y el resultado sobre la vida o la salud del paciente.

La opción mas razonable, pues, es tratar de valorar el daño que se ha producido sobre la dignidad del paciente y sobre su derecho a la autonomía personal en el caso de que no se le haya informado correctamente pero considerando ese daño como un

daño moral independiente del resultado físico sobre su vida ó sobre su salud. Ahora bien, la consideración de la infracción de las garantías de información como un daño moral obliga a que el recurrente deba probar la existencia del daño por el que, hipotéticamente, se reclama, lo que se debe poner en relación con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en relación a la prueba de los daños morales y que admite la posibilidad de que los daños de esa naturaleza sean probados mediante presunciones: "ya que la presunción judicial es ya, en sí misma, un medio de prueba. Pero es claro que ese medio de prueba, por más que tenga unas peculiaridades que lo individualizan frente a los demás que puedan practicarse, exige el cumplimiento de unos requisitos, entre ellos el muy importante e imprescindible de un razonamiento del juzgador sobre el enlace preciso y directo entre el hecho admitido o demostrado" (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 24 de Mayo de 2002) por lo que la dificultad de traslada a la necesidad de acreditar el daño y la valoración por la que se reclama.

La sentencia dictada en el recurso 2187/2010 (que hemos citado en el apartado anterior) recoge un razonamiento que es muy utilizado por el Tribunal Supremo para valorar el importe indemnizatorio y que permite apreciar como la motivación en la fijación del importe indemnizatorio es muy ligera. Dice dicha sentencia que: "Pues bien, debemos comenzar afirmando que es reiterada la doctrina de nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de quince de noviembre de dos mil dos , catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres , y dos de marzo de dos mil cuatro , que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados como probados por la sentencia impugnada sean combatidos a través de la invocación de normas o jurisprudencia sobre la apreciación de las pruebas, o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contraria a la lógica, irracional o arbitraria. Así lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2010.

En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, en función de las circunstancias del caso concreto. En el presente caso se fija la cuantía en 30.000,- euros, por lo que está dentro de los límites habituales para supuestos análogos al presente".

No cabe desconocer, tampoco, la conveniencia de que si se va a elaborar próximamente un baremo para fijar el importe de las indemnizaciones que deben acordarse en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la asistencia sanitaria, sería posible incluir dentro de la mención de los daños indemnizables alguna referencia al daño moral derivado de la omisión de las exigencias de información. De este modo, sería posible obtener la plena seguridad jurídica en la valoración de esta clase de daños.

También cabe esperar que se produzca un desarrollo jurisprudencial más amplio y que este sirva de desarrollo tanto de la Ley 41/2002 como de las leyes autonómi-

cas sobre la materia, pues esa es la única manera de que se puedan establecer unos criterios uniformes que emanen de dicha jurisprudencia y que sirvan para valorar económicamente una cuestión de tan difícil apreciación como es el hecho de que un paciente haya sido sometido a un determinado tratamiento o asistencia médica sin haber recibido la previa y necesaria información que exige la Ley.

**“RESPONSABILIDAD DEL
MÉDICO EN RELACIÓN AL
CONSENTIMIENTO INFORMADO”**

**RESPONSABILIDAD PENAL
DEL MÉDICO POR INFRACCIÓN
DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Ricardo Rodríguez Fernández

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 16. Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Se va a analizar en este trabajo la responsabilidad del médico en relación con el consentimiento informado desde el punto de vista penal y la existencia o no de imprudencias médicas; esto es, a las realizadas sin dolo, sin intención de causar daño o lesión por cuanto, en caso contrario, estaríamos ante los delitos de lesiones / homicidio / asesinato recogidos en el Código Penal. Se presume siempre que, salvo prueba en contrario (presunción *iuris tantum*), que el médico, en su intervención paliativa o curativa, no tiene intención de causar mal; si así fuera, estaríamos --repito-- ante un delito de lesiones u homicidio.

De igual manera, cabe precisar que, según estadísticas, sólo se admiten a trámite y se instruyen alrededor del 10 % de las querellas por imprudencias médicas y sólo el 1 % llega a JO, de los cuales entre la mitad y un tercio son absueltos. En conclusión: De cada cien querellas por imprudencias médicas, sólo se condena a un 0,3 / 0,5 %.

Cierto es que, al respecto por los menos en la Audiencia Provincial de Madrid, antes de inadmitir una querella se exige que se practique "*una actividad mínima de investigación*", lo que supone --obvio es decirlo-- tomar declaración al querellado... con lo que ello supone: que nombre a un abogado, que espere que le cite el Juez para declarar ... y pasar por una situación, al menos, incómoda (lo que se conoce vulgarmente por "pasar un mal trago"), cual es la declaración ante el Juez instructor y someterse a las preguntas del letrado querellante (también sabemos que el Ministerio Fiscal no suele acudir a estas primeras diligencias....). Me parece, dicho sea con todo el respecto a la Audiencia Provincial madrileña, un absurdo: si la querella carece del sustento necesario para siquiera abrir un proceso penal no se entiende por qué debe practicarse esa "*mínima investigación*" sometiendo, repito al médico a esa desagradable, en principio, experiencia... pero la Audiencia Provincial es la que, en esta materia, nos marca la pauta a seguir.

Por último, cabe concretar que, de un examen de la jurisprudencia menor (esto es, la emanada de las Audiencias Provinciales) ya que, como es conocido, los delitos por imprudencias médicas se investigan --como todos los delitos-- en los Juzgados de Instrucción y, por razón de la pena (art. 142 CP, muerte por imprudencia, art. 146 aborto por imprudencia y art. 152 lesiones por imprudencia) se juzga, en el correspondiente juicio oral ante el Juez de lo Penal, al no conllevar cualquiera de los delitos citados penas privativas de libertad superiores a cinco años de prisión, límite de competencia objetiva de estos Juzgados (así, por muerte, de uno a cuatro años; por aborto, de

tres a cinco meses y por lesiones de tres meses a tres años, según la importancia de la lesión causada), además de en todos los casos conllevar como pena accesoria la de la inhabilitación especial por el término de hasta seis años en el caso de homicidio. En tales casos, contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial respectiva, donde muere el procedimiento: no cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Desde los juzgados y desde la doctrina, así como los propios letrados (esto es, los denominados "*operadores jurídicos*", término que a mi nada me gusta) venimos desde hace tiempo pidiendo un recurso de unificación de doctrina que, si bien no cause efectos en el procedimiento concreto, sí sienta una doctrina general del Tribunal Supremo, sala Segunda o de lo Penal, aplicable a todo España.... pero por ahora nos debemos conformar con la existencia de esa "*jurisprudencia menor*" emanada de las distintas Audiencias Provinciales de España... y sus contradicciones.

Repito, pocos son los procedimientos por querellas por imprudencia médica que llegan a juicio oral y muchas menos las condenatorias..

II. JURISPRUDENCIA GENERAL SOBRE LA IMPRUDENCIA MÉDICA

- Doctrina general.

Conocemos ya todos por ser doctrina reiterada, constante y pacífica del TS2ª (vid., entre otras, TS2ª SS 16 jun 1987, 24 oct 1994, 4 feb 1.999, 1904/2001 de 23 oct y 19 jul 2002) para apreciar una imprudencia médica es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes elementos:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa, pues, en caso, contrario, nos encontraríamos ante un delito doloso.
- b) Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño.
- c) Una infracción del deber de cuidado.
- d) Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, exigiéndose que la relación de causalidad, en la imprudencia, ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias. Y
- e) La creación de un riesgo previsible y evitable.

En definitiva, hay que poner de relieve que la imprudencia nace, conforme reiterada jurisprudencia (vid., por todas, TS2ª SS 5 Jul. 1989 y 29 Feb. 1996) cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Antes de someterse a una operación, el paciente debe proceder a prestar el consentimiento, que el art. 3 de la *ley 41/2002, de 14 Noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*, define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”.

- Información previa

Igualmente, el paciente tiene derecho a conocer, a efectos de decidir lo que quiere y crea por conveniente, sobre los siguientes extremos (a los que, por tanto, se extenderá el consentimiento informado):

- el diagnóstico de su enfermedad,
- las consecuencias de la misma, y
- los posibles tratamientos y sus efectos

Y es que, lógicamente, antes de prestar el consentimiento, debe ser informado. El contenido mínimo de la información, previo al consentimiento, viene dado por el art. 4.1 de la citada ley 41/02, al establecer que deberá consistir en “la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Y así el art. 10 prescribe que la información básica que debe suministrarse al paciente, para recabar el preceptivo “consentimiento informado” previamente a una intervención o tratamiento, ha versar sobre:

- “las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad”;
- “los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”;
- “los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”;
- las contraindicaciones.

Debemos tener en cuenta que, para que el consentimiento pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa, es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar –entre las que se encuentra la no intervención–, así como los riesgos asociados a cada una de ellas.

Esta información se suministra en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada de una de las posibles opciones, y en un grado que pueda ser asumido por el paciente. De lo con-

trario, una información desproporcionada o en términos incomprensibles para el paciente, puede provocar su embotamiento y que, a pesar de haber leído y/o oído la información médica, haya prestado su consentimiento sin hacerse cabal idea de su conveniencia para él, saturado por la información (TS3ª S 3 octubre 2000).

- Características de esta información

Para la jurisprudencia (vid., entre otras, TS, S1ª S 27 abr 2001 y S3ª 4 abr 2000) esta información habrá de ser:

- Exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente;
- Ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen.
- Ha de tratarse de información correcta, veraz y leal.
- Y ha de ser realizada de forma clara y comprensible para el enfermo o los familiares que deben prestar el consentimiento en su representación.

Sólo si la información facilitada por el médico reúne estas características el paciente conformará el consentimiento debidamente informado; esto es, el que operará en el ámbito de su libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad: de si se le interviene o no.

En definitiva, la información tiene que ser completa y referirse tanto al diagnóstico como al pronóstico, a las alternativas del tratamiento, e, incluso, a los medios con los que cuenta el Centro hospitalario en el que se va a realizar la intervención (esto es, si son adecuados para su realización y sus posibles complicaciones; por ejemplo, si se va a realizar una operación con empleo de anestesia, si cuenta el Centro con una Unidad de Cuidados Intensivos --UCI-- o, solo, con independencia del nombre, cuenta con una unidad de reanimación). Ello no implica, por el contrario, como se ha dicho algunas veces, que entre las obligaciones del médico esté la de dar un curso abreviado de medicina a cada paciente: el paciente es profano y debe ser instruido, como hemos señalado, en lenguaje claro y comprensible .

- Forma en que ha de prestarse esta información.

La información, como regla general, ha de proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica (art. 4.1). No obstante, al tratarse de un deber del responsable sanitario (la carga de la prueba de la información que se prestó y el contenido de la misma recae sobre el Centro y el personal), resulta muy conveniente y recomendable que la emisión de esta información conste por escrito.

Pronunciamientos jurisprudenciales:

- La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, según la jurisprudencia, mero valor ad probationem (TS S1ª SS 2 oct 1997, 26 ene 1998, 10 nov 1998 y 2 nov 2002).
- Recae la carga de la prueba de la información sobre el médico (TS S1ª SS 25 abr 1994, 16 oct, 10 nov y 28 dic 1998, 19 abr 1999, 7 mar 2000, 12 ene 2001 y 2 jul 2002).
- Se permite la información meramente verbal (TS S1ª S 2 jul 2003 declara cumplido el deber de informar al paciente, con carácter previo a la intervención quirúrgica, realizado oralmente y no por escrito).
- En alguna supuesto en que el documento firmado por el paciente contenía un reconocimiento genérico de haber sido informado, el tribunal ha entendido que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta sea insuficiente, se desplaza al firmante, al paciente (TS S3ª S 27 nov 2000).

- Consecuencias de la falta de información. Pronunciamientos jurisprudenciales: consentimiento desinformado

Los defectos en esta información dan lugar a que de prestarse el consentimiento este se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa y, por ello, ineficaz. Así:

- Si no llega a advertirse de riesgos y alternativas, se trataría de un consentimiento desinformado, como lo califica en ocasiones la jurisprudencia y, por ello, sin valor alguno, asumiendo el facultativo el riesgo de la intervención en lugar del paciente (TS S1ª SS 26 sep y 7 mar 2000 y 2 jul 2002 y S3ª 4 abr 2000).
- En caso de recidivas, enfermedades crónicas o evolutivas, se exige que la información alcance a la necesidad de someterse a análisis y cuidados preventivos (TS1ª S 25 abr 1994).
- Se considera información deficiente o defectuosa la falta de información sobre tratamientos alternativos (TS1ª S 23 abr 1992).
- La responsabilidad no debe abarcar la falta de información de riesgos extraordinarios, de forma que no cabría apreciar responsabilidad por falta de información de riesgos mínimos, atípicos, imprevisibles o infrecuentes (TSª1ª S 21 dic 1998).

- Excepciones al deber de informar.

Existen dos supuestos en el que la infracción del deber de información al paciente no conllevará responsabilidad alguna por parte del paciente:

- 1 La renuncia del paciente a ser informado, reconociendo el art. 4.1 Ley 41/2002 el derecho del paciente a no ser informado. Esta renuncia debe documentarse,

además de ser necesario la obtención del consentimiento para la realización de la operación médica (una cosa es no querer ser informado y otra muy distinta es prestar o no el consentimiento a la intervención médica).

- 2 En situaciones de urgencia, en las que el sujeto pasivo se encuentre inconsciente o sin capacidad para comprender la información que se le pudiera facilitar, sin posibilidad material y/o temporal de acudir a familiares o allegados. Prima en tales casos la urgencia vital del momento frente al derecho del paciente a ser informado. Son supuestos en que la demora de la intervención para dar información puedan ocasionar lesiones irreversibles en el enfermo

CONSENTIMIENTO

- Capacidad para prestar el consentimiento.

Respecto a la capacidad para prestar el consentimiento, debe ser la suficiente para comprender la situación en la que consiente

- Momento.

Respecto al momento que ha de ser prestado el consentimiento, debe ser, lógicamente, con anterioridad a la acción del médico (y no minutos antes de la intervención para darle al enfermo tiempo suficiente para meditar sobre la trascendencia de la intervención a la que se le va a someter) y mantenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción, por cuanto el consentimiento hasta la ejecución de la acción es revocable.

- Libre (sin vicios de la voluntad).

El consentimiento debe ser prestado libremente, sin vicios que lo invaliden, por cuanto el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz.

- Forma.

Igualmente, debe ser el consentimiento prestado reconocible externamente de algún modo. Esto es, es necesario que el médico que actúa tenga conocimiento del consentimiento (no basta con que éste concurra).

La ley básica, en su artículo art. 8.2 advierte que la forma de prestar el consentimiento no siempre debe ser escrita:

- La regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir en el tratamiento o intervención, bastarán para

considerar cumplido el requisito del consentimiento informado. Aunque estos actos deben ser concluyentes de que prestó su consentimiento con conocimiento de causa.

- La especialidad es la necesidad de transcribir por escrito el consentimiento, en los siguientes casos:
 - Intervención quirúrgica
 - Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores
- Y, en general, en la aplicación de los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

- Excepciones al deber del médico a contar, previamente a la intervención, con el consentimiento informado del paciente.

Se regula en el art. 9.2 de la ley los casos en los que el médico puede llevar a cabo la intervención indispensable a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento previo y expreso. Son los siguientes casos:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Se trata de aquellos supuestos en los que la no intervención suponga un grave riesgo para la salud pública, donde se da primacía a los intereses colectivos frente a los individuales (enfermedades infectocontagiosas y pandemias), pudiendo adoptarse medidas preventivas (vacunaciones obligatorias, prohibición de acceso a determinados lugares) o tratamientos obligatorios, los cuales pueden conllevar el internamiento temporal, en cuarentena o permanente. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986 (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Se refiere a las denominadas <<situaciones de urgencia vital>>, entendiéndose que existe "un consentimiento implícito o presunto".

Sería el supuesto en que la tardanza en la obtención de asistencia pusiese en peligro la vida o la curación del enfermo entendida como pérdida grave e irreparable de la salud --órganos o miembros fundamentales-- (vid., entre otras, TS1ª SS 6 jul 2000 y 23 ene 20 nov 2001)

- Supuestos conflictivos para obtener el consentimiento del paciente (huelga de hambre, transfusiones de sangre, eutanasia).

- Huelga de hambre.

Al respecto ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TC con ocasión de la alimentación forzosa a los presos, huelguistas de hambre, de la organización terrorista GRAPO y la AN, Sala de lo Penal, respecto de la huelga de hambre del miembro de ETA De Juana Chaos (Secc Primera AA 28 ago y 20 sep 2006 y Pleno AA 25 ene y 8 feb 2007).

Así la AN, Sala de lo Penal, Secc Primera A 27 ene 2007, recogiendo la doctrina del TC (SS 120 y 137 de 1990, de 2 jul y 19 jul y 11/1991, de 17 ene), estableció que "... se ha reiterado por el Tribunal ya en diversas ocasiones (AA 28 Agosto, 14 y 20 Septiembre y 24 Noviembre, entre otros), que los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad -sea por cumplimiento de condena, sea por prisión preventiva (como es del caso que nos ocupa)- pueden ser objeto de limitaciones al existir una relación de especial sujeción entre el interno y la Administración que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos, entre los que destaca el esencial deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, imponiendo limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel interno que, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección, acordándose la alimentación forzosa del preso ante su actitud de huelga de hambre, actuándose con el respeto de su dignidad como ser humano estando actualmente ingresado en Centro hospitalario".

A continuación la AN dictamina el protocolo de actuación en tales supuestos:

- 1 Actividad pasiva, expectante, de la Administración, en tanto en cuanto no se ponga en grave peligro la vida o la salud del interno, debiendo informarle de las consecuencias de su acción --o, mejor dicho, de su no acción-- .
- 2 Una vez que los médicos diagnostican que, de no ingerirse alimentos por el huelguista de forma inminente se puede producir su óbito o graves perjuicios para su salud, se procede a acordar su alimentación forzosa .

Vemos pues que, en definitiva, en tales casos, prima el deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno --con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos-- que el derecho de éstos a disponer libremente de su salud y, por ende, de su vida.

- Transfusiones de sangre.

En los casos de transfusiones de sangre acordadas contra la voluntad del paciente existe un ataque a su libertad religiosa (art. 16 CE) y a su libertad personal.

Son los supuestos de los Testigos de Jehová que, frecuentemente, aparecen en los medios de comunicación en los que se niegan a la práctica de transfusiones de sangre y la vida de su hijo estaba supeditada a la aplicación de un tratamiento hemotransfusional, estableciéndose por la jurisprudencia que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y que en caso de colisión con otros derechos fundamentales, también protegibles, se encuentra limitada en una ponderación en conflicto donde prima la vida sobre cualquier negativa u oposición.

Y esta jurisprudencia ha sido desarrollada recientemente, respecto de los menores de edad, por la Circular 1/12, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado (FGE), sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otros tratamientos médicos sobre menores de edad en caso de riesgo grave, que trata de establecer las pautas para resolver el conflicto que puedan generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideren necesario la práctica a un menor de edad de una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de riesgo grave y el menor y/o sus representantes legales se oponen, distinguiéndose los siguientes supuestos:

- Menor de 16 años no puede dar su consentimiento, es necesario el consentimiento de su representante legal, salvo que el facultativo los considere suficientemente maduros.
- Mayor de 16 o 17 años y menores emancipados, sólo ellos puedan dar el consentimiento.
- Por lo general, los menores de 12 años no pueden por sí dar consentimiento alguno.
- Si el menor niega el consentimiento y existe grave riesgo para la salud, puede dar el consentimiento su representante legal, sin necesidad de acudir al Juez de guardia (aunque es mejor acudir al mismo siempre y cuando la situación no sea de extrema urgencia).
- Si el menor y su representante legal rechazan el tratamiento, deberá acudirse al Juez de Guardia, sin perjuicio de poder actuar el médico en caso de extrema urgencia, concurriendo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.
- Si el menor maduro da el consentimiento y su representante legal no, sí debe darse el tratamiento sin necesidad de acudir al Juez de guardia, prevaleciendo su derecho a la autodeterminación.
- Si el menor y su representante legal rechazan el tratamiento, debe acudirse al Juez de guardia, sin perjuicio de poder actuar el médico conforme a lo expuesto ut supra, por concurrencia las causas de justificación de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Las consecuencias de falta de consentimiento informado las podemos sintetizar de la siguiente manera:

- 1 La ausencia u omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención genera responsabilidad del facultativo.
- 2 Igualmente, la falta de consentimiento informado, por sí solo, no genera responsabilidades penales.
- 3 Del mismo modo, la existencia de consentimiento informado no libera al facultativo de incurrir en un delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional (arts. 142.3 del Código Penal, con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años, y 152.3 CP, con pena de tres meses a dos años de prisión e inhabilitación de uno a cuatro años) si en su actuación se aprecia la vulneración patente, clara y manifiesta de la *lex artis ad hoc*¹ y se generan daños en relación de causalidad en los términos citados *ut supra*.
- 4 La ausencia de consentimiento determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, consecuentemente, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.
- 5 Los requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado dé lugar, para los facultativos y el centro médico, a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente conforme a la jurisprudencia serán analizados en la siguiente Mesa Redonda, por lo que no me voy a pronunciar sobre ellos (vid., por todas, TSJ Navarra, S 22/2001, de 27 oct) son los siguientes:
 - 1 Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización, Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.
 - 2 Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. El daño debe mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención y ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento².
 - 3 Que del riesgo --finalmente materializado en daño-- no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención: Es la

omisión previa del consentimiento, a pesar de la suficiente información de los riesgos típicos, la que determina su asunción por el médico responsable. Si se trata de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es a este respecto suficiente, aunque se hubiera informado al paciente con anterioridad al consentimiento de otros posibles riesgos.

- 4 Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio, pues, en tal caso, sería apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación (responsabilidad penal por delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional médica) o en la organización del servicio y no por el título de imputación a que este examen contrae³.

REFLEXIONES FINALES

Podríamos citar más supuestos sobre existencia o no de imprudencias médicas pero creo, sinceramente, que con la casuística citada, podemos observar la evolución de nuestra jurisprudencia y cuando concurren los presupuestos para determinar la existencia de una mala praxis médica y su consecuente responsabilidad penal

Igualmente, podríamos hablar también de las responsabilidades profesionales de los médicos:

- Civil (art. 1902 Cc).
- Penal
 - Cuando intervienen en un procedimiento en calidad de peritos y/o testigos
 - Responsabilidad penal por incumplimiento de sus deberes (arts. 458 y ss)
 - Responsabilidad por falta de comparecencia a la citación judicial, sea como peritos o como testigos (art. 420 LECr)
 - Cuando no interviene como peritos y/o testigos, sino como acusados, además de por imprudencias médicas, por delitos de falsedad⁴.

Pero creo que, con estas breves precisiones sobre nuestra actual jurisprudencia y reflexiones propias podemos deducir, de forma clara y evidente, cuales son las actividades médicas que por, mala praxis, pueden determinar una responsabilidad penal médica en general y, respecto del consentimiento informado, cuáles son sus consecuencias por su mal ejercicio, sea por falta de información (exhaustiva, suficiente, veraz, leal y realizada de forma clara y comprensible para el enfermo y/o sus familiares), sea por deficiencias en la prestación del consentimiento (respecto de la capacidad para otorgarlo, sin vicios de la voluntad y en la forma adecuada) y ya descendiendo a los casos concretos (huelga de hambre, transfusiones sanguíneas y

eutanasia) saber hasta dónde pueden actuar para no incurrir en la tan temida responsabilidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS MARTIN J. M., <<Reflexiones en torno a la eutanasia. artículo 143.4 del Código Penal, reconocimiento del derecho a la vida y principio de intervención mínima penal: consecuencias procesales>> en Diario La Ley, Nº 5741, 18 Mar. 2003, Editorial LA LEY.
- BENITO BUTRÓN-OCHOA J.C., <<Información asistencial médica: el consentimiento informado>>. Revista Poder Judicial, nº 77. 2004.
- BOLADERAS M., El derecho a no sufrir. Ed. Los libros del lince, 2009, pag. 155.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J. M., <<Algunos efectos producidos por al implantación del consentimiento informado en España>>, Diario La Ley, nº 6524, de 12 de julio de 2.006.
- NUÑEZ PAZ: M.A.Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Editorial Tecnos, S.A., 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., <<El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios>> en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 28, enero-junio 2.009.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., <<El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial>> en Diario LA LEY, nº 7358, de 9 mar 2010. Ed. LA LEY.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., <<Marco jurídico al final de la vida>> en SEPIN familia y sucesiones, 4º trimestre 2012, nº 101.
- VV.AA. Decisiones al final de la vida, Escuela Judicial, CGPJ, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.
- VV.AA.Bioética y Justicia, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.
- VV.AA_(Berrocal Lanzarote, A. I.; Abellán Salort, J. C. y otros), Autonomía, libertad y testamentos vitales, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, págs. 95-96.
- XIOL RIOS J.A., <<Consentimiento informado, historia clínica y testamento vital>> en V encuentro especializado responsabilidad sanitaria. Médica 2001. <<VII Congreso de Derecho Sanitario>>, Madrid 2.000. <<Las últimas tendencias jurisprudenciales sobre la responsabilidad sanitaria. Responsabilidad civil>> en I Jornadas andaluzas sobre responsabilidad sanitaria. 2.006

- ZUBIRI DE SALINAS F: «Colaboración al suicidio y eutanasia», «Delitos contra las personas», Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

¹ Ad exemplum la AP Alicante, Secc 3ª, S 28 abr 2005, que examina el caso de un odontólogo que quebranta dos veces las normas que regulan la actuación médica: la primera por la forma de realizar el tratamiento de endodoncia; la segunda, una vez advertido del resultado desfavorable del tratamiento de endodoncia, las deficientes medidas adoptadas para la rehabilitación de las piezas dentarias y reparación del daño causado. Se pronuncia el Tribunales en los siguientes términos: En el caso presente la actuación del recurrente adolece de notables deficiencias que versan tanto en la práctica del tratamiento de endodoncia, como una vez advertido del resultado desfavorable de aquél, en las medidas adoptadas para la rehabilitación de las piezas dentarias y reparación del daño causado.

Siguiendo el análisis realizado por la médico estomatólogo, y que fue ratificado por el otro y por el médico-forense, sin que haya pericial que desvirtúe ninguna de las conclusiones alcanzadas por estos tres peritos, los dos perjudicados tenían infecciones dado que los conductos de las raíces no estaban bien rellenos, siendo uno de los requisitos básicos de la endodoncia el rellenar totalmente dicho conducto. Se indicó que las infecciones se habían producido al no haber alcanzado el relleno a la raíz. También se señaló que el acusado había utilizado material no detectable en el tratamiento el cual, por razones obvias, es totalmente inadecuado no usándose en la actualidad.

El propio acusado, ahora apelante, reconoce esta conducta cuando afirmó en el acto del juicio oral que decidió desobturar, es decir retirar parte del material utilizado para el cerramiento, porque al paciente le dolía «y para complacer a éste».

Una vez producida la infección, y por tanto siendo necesaria una nueva actuación médica para subsanar las deficiencias, el acusado optó, como medida reparatoria, quitar el perno, el material sustitutivo del nervio e irrigar con un producto momificante. Según manifiesta el propio recurrente los perjudicados sólo acudieron dos veces a su consulta a tal efecto, habiendo sido advertidos de que era necesario cinco irrigaciones. La no terminación del tratamiento le hace suponer que fue una de las causas que contribuyeron a engrandecer los problemas bucales y la infección dentaria de los perjudicados.

Sin embargo ni siquiera esta segunda fase de la actuación del acusado es correcta, a la luz de la pericial practicada. Como afirmó el Dr. Casimiro «la irrigación sólo es el inicio del tratamiento». La Dra. Mercedes fue más explícita cuando afirmó que la irrigación no se utiliza, y que el único tratamiento posible en estos casos es quitar la pieza afectada, limpiar y ponerla de nuevo.

Estamos pues ante una conducta que quebranta por dos veces las normas que regulan esta faceta de la actuación médica. Por un lado se practica una técnica de endodoncia totalmente inadecuada --no se rellena totalmente los conductos, y como consecuencia se produce una infección-- y por otro lado una vez planteado el problema infeccioso, no se actúa con la debida diligencia realizando el tratamiento reparador que aconseja la práctica médica.

La negligencia del recurrente no sólo es intensa sino reiterada, lo que impide aceptar que sus consecuencias no excedan del mero ámbito civil, tal como pretende el apelante, estando incurso la conducta de este último en la esfera penal.

- ² 1. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 CC); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información del paciente.
- ³ Así, la AP Madrid, Secc 16ª, en Auto de 23 de noviembre de 2012 señala que "*... en los supuestos de omisión del consentimiento informado sólo pueden desprenderse responsabilidades administrativas / civiles que deberán sustanciarse en los procedimientos jurisdiccionales correspondientes pero no en el penal (...)*". en el mismo sentido, la APLeón, en Sentencia de 27 de diciembre de 2012 precisa que "*... en Derecho Penal el principio que impera es de la responsabilidad por culpa, donde el facultativo solo responderá ante su paciente en los supuestos en los que se acredite un actuar negligente*".
- ⁴ Delitos de falsificación de documentos públicos, falsificación realizada por Autoridades o funcionarios públicos o asimilados, falsificación de documentos públicos realizados por un particular, uso de documentos falsos, falsificación de documentos privados y falsificación de certificados, además de la disposición general a todo tipo de falsedades (fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos específicamente destinados a la comisión de estos delitos), regulados en los arts. 390 y ss del Código Penal.

CAUSAS DE RESPONSABILIDAD POR MALAPRAXIS MÉDICA

Angel Hernández Gil

Médico. Jefe de Servicio de Clínica del
Instituto de Medicina Legal de Jaén

I. INTRODUCCION

En el ejercicio diario de la profesión médica son cada vez más frecuentes las reclamaciones interpuestas por los pacientes o por sus familiares derivadas de resultados no deseados, frecuentemente derivados de complicaciones médicas o de hechos adversos y, otras veces producidos por auténticos errores médicos.

Dichas reclamaciones alcanzan en no pocas ocasiones los Tribunales de Justicia y llevan aparejadas importantes repercusiones en numerosos sectores de nuestra sociedad. Por lo que respecta la actividad sanitaria diaria es fehaciente el hecho de haber deteriorado la relación médico paciente, impulsando el ejercicio de una medicina defensiva por parte del profesional médico con severas consecuencias económicas, hasta el punto de ser sancionada la misma en el renovado Código de Deontología Médica de 2011.

Será objeto de estudio del presente artículo definir los conceptos clave más frecuentemente utilizados en el área de la Responsabilidad Profesional Médica, revisar someramente la epidemiología de los errores médicos y las principales consecuencias derivadas de los mismos, analizar las principales causas de reclamaciones judiciales por presunta Responsabilidad Profesional Médica, para finalmente considerar una serie de recomendaciones destinadas a evitar los errores médicos.

II. ANÁLISIS DE CONCEPTOS CLAVE LIGADOS A LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA.

Numerosos profesionales del campo del derecho y de la medicina utilizan con frecuencia conceptos ligados al campo de la Responsabilidad Médica, tales como imprudencia, impericia, negligencia, error médico o error diagnóstico, de modo indiferente o arbitrario, empleándolos a veces con un significado sinónimo, análogo o equivalente, de modo significativamente erróneo, siendo conceptos de diferente trascendencia pericial, y por ende jurídica, que se entiende deben ser concretados.

Una **COMPLICACIÓN MEDICA** es definida como una alteración o desviación en el curso natural de la enfermedad, que no tiene su causa en una actuación médica y se deriva de la anormal evolución clínica de su propia enfermedad respecto al procedimiento médico al que está sometido y que es el habitual; pueden reconocerse definirse y evaluarse objetivamente; y casi nunca tienen su origen en o por el sistema de atención sanitaria.

Se entiende por **SUCESO ADVERSO (ADVERSE EVENT)** a “todo accidente o incidente ocurrido en la evolución clínica de un paciente que haya causado o podido causar daño al mismo y es motivo de reclamación”.

Puede definirse **ERROR MÉDICO** a la conducta clínica equivocada en la práctica médica, por comisión o por omisión, como consecuencia de la decisión de aplicar un

criterio incorrecto. Muy acertada fue la definición emitida por Wu en 1997, experto en responsabilidad médica, quién lo definió como *“acto generado por comisión u omisión que tiene consecuencias serias o potencialmente serias para el paciente y que ha o habría sido juzgado como errónea por pares con conocimiento o entrenamiento al momento de la ocurrencia o generación del mismo”*.

El error médico sería cualquier fallo ocurrida durante la atención de salud que haya causado algún tipo de daño al paciente, y cuyo origen puede relacionarse con la organización e implementación del servicio, a través de múltiples y complejos mecanismos. Puede aparecer por dos razones, conjunta o separadamente: por fallos activos que se constituyen como actuaciones negligentes cometidas por los profesionales que están en contacto directo con el paciente o por fallos latentes de las condiciones estructurales del sistema sanitario.

Se entiende por **ERROR DIAGNÓSTICO** cuando tras la realización de un acto médico se aprecia la existencia de un diagnóstico del cuadro clínico inicialmente erróneo, y de ello, se deriva un daño o riesgo para la salud del paciente, desde leve o nimio, sin acarrear problemas o riesgo en la salud del paciente, hasta grave con riesgo para la salud del paciente y posibilidad de secuelas, o muy grave poniendo en peligro la vida del paciente.

Ahora bien, el error diagnóstico no implica necesariamente la culpa del médico. La medicina es un arte, es incierta, conjetural, y que lidia con infinidad de enfermedades, que en ocasiones presentan síntomas asociados y muy complejos, con riesgos muchas veces inevitables. Establecer la existencia de responsabilidad médica en caso de error diagnóstico es una tarea sumamente compleja para el perito, entra dentro del campo estrictamente técnico, y por ende, pericial, ajena a profesionales legos en medicina. Solamente comprometerá la responsabilidad profesional del médico cuando se aprecie una ignorancia inexcusable, o cuando el error diagnóstico tenga su origen en un estudio insuficiente del paciente, al no haber realizado o interpretado correctamente las exploraciones o estudios complementarios considerados en las reglas básicas de la *lex artis*, en función de las circunstancias del paciente, tiempo y lugar, esto es, según la *lex artis ad hoc*.

Se entiende por **MALA PRAXIS MEDICA**, denominada por algunos autores MAL-PRAXIS MÉDICA (término fundamentalmente médico, aunque determinado por connotaciones jurídicas), la actividad profesional médica en la que se ha ejercido con mala praxis. Expertos en la materia como Jornet señalan que este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio a un enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias. En este concepto ya se adivina la existencia de los elementos fundamentales de la malpraxis: 1º. el hecho, que a su vez abarca la acción u omisión, (elemento objetivo),

la posible vulneración del deber de cuidado impuesto por las normas de experiencia, cultura, o ciencia (elemento normativo) y la previsibilidad o evitabilidad del resultado (elemento psicológico); 2º. el perjuicio o daño causado; y 3º, la relación de causalidad entre ambos.

La expresión **LEX ARTIS** -literalmente "ley del arte", ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate-, se ha utilizado para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la medicina, concebida como ciencia experimental. Podría equipararse al *estado del saber* en una determinada profesión.

Concepto de **LEX ARTIS AD HOC**. La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado por sí misma una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, con la consiguiente influencia de las particularidades de cada supuesto en la determinación de la regla aplicable al caso concreto. De aquí que la doctrina y jurisprudencia hablen de "lex artis ad hoc" como módulo rector o principio de la actividad médica. Siguiendo la amplia doctrina jurisprudencial, la actuación médico sanitaria se enjuicia comparándola con la "lex artis ad hoc", , entendida ésta como *"aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico concreto ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo- de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida"* (entre otras, pueden citarse las SS.T.S. de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 18 febrero de 1997 y 28 de junio de 1997)

IMPRUDENCIA MEDICA es definida como la actuación médica llevada a cabo sin la debida prudencia, moderación o cordura. No se ha llevado a cabo con la necesaria precaución, ha faltado cautela, capacidad de juicio, discernimiento. Se ha producido con precipitación e insensatez. Sería "hacer lo que uno no debe".

Se entiende por **NEGLIGENCIA MÉDICA** las actuaciones médicas deficientes caracterizadas por la falta de cuidado debida. Los parámetros mínimos de la conducta médica no se han llevado a cabo. Se denota una importante falta de atención y cuidado, en la que se aprecia un incumplimiento de las normas técnicas de la profesión. Sería "no hacer lo que uno sabe". Puede llegar a ser sinónimo de **INOBSERVANCIA MÉDICA** si bien esta podría definirse como "no hacer lo que uno debe".

IMPERICIA MEDICA es una actuación médica en la que el profesional no posee los conocimientos necesarios para la realización del acto médico llevado a cabo, ya

sea por incompetencia técnica total o parcial de unas funciones determinadas. Sería el caso del profesional que desconoce los conocimientos que se presumen adquiridos con la obtención del título profesional o de la especialidad médica en cuestión, y lleva a cabo el acto médico de manera errónea. Sería "hacer lo que uno no sabe".

Se define **RESPONSABILIDAD**, según el Diccionario de la Lengua Española, como es la deuda, obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Según la enciclopedia Espasa-Calpe, es la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, cualquier daño, pérdida o perjuicio.

De un amplio análisis de la jurisprudencias relacionada con la **RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA** podemos señalar que son estrictamente necesarios estos tres requisitos:

- 1º. La existencia de un acto médico (acción u omisión) que inobserve los deberes objetivos de cuidado que impone la *lex artis* relacionada con el acto médico, atendiendo a las circunstancias específicas del mismo (*lex artis ad hoc*).
- 2º. La producción de un daño, y que éste pueda ser objetivado.
- 3º. Relación de causa a efecto entre el daño y la conducta médica.

En función del ámbito del Derecho que nos encontremos podremos hablar de responsabilidad criminal o penal, de responsabilidad civil o de responsabilidad contencioso-administrativa.

La primera, **RESPONSABILIDAD PENAL**, nace de un hecho delictivo, se descompone: de una parte, trata de restablecer el derecho público cuyo orden ha sido violado por el delito, desarmando al delincuente con la pena o la corrección, y de otra, procura la compensación a la víctima, que es quien directamente ha sufrido el daño.

En derecho penal para que exista responsabilidad es *necesario en todos los casos probar que hubo culpabilidad*. Y existen únicamente dos formas de culpabilidad: el dolo y la imprudencia. Actúa dolosamente quien sabe lo que hace y quiere hacerlo. Actúa en cambio con imprudencia quien omite la diligencia debida. En el dolo hay conciencia y voluntad mientras que en el delito imprudente la actividad del sujeto no va encaminada a la producción del resultado.

Podrá ser solicitada ante cualquier tipo de actuación médica, pública, privada, empresarial, de mutua aseguradora, estatutaria, etc.

La **RESPONSABILIDAD CIVIL** está presidida fundamentalmente por la obligación de responder pecuniariamente, indemnizando los daños y perjuicios producidos a un tercero. Según dice el artículo 1902 del Código Civil (C.C.), "*el que por acción u omisión causa daño a otro, mediando culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*". Será solicitada por los letrados fundamentalmente ante actuaciones médicas ligadas a la actividad médica privada, aunque existen fórmulas jurídicas

(denunciando únicamente al seguro médico aplicando la vis atractiva) que permiten ligarla a otros tipos de actividades médicas.

La **RESPONSABILIDAD CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**, en el contexto de la responsabilidad profesional médica, surgirá derivada de un acto realizado en una institución médica ligada a la Administración Sanitaria Pública. Así, la Ley 30/1992, de RJAPPAC, modificada por Ley 4/1999, establece que *“Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre”*. La aplicación de este artículo al ámbito sanitario supone que la responsabilidad de los médicos por las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones recae sobre la Administración de la que depende. Es decir, la entidad pública responde por el médico. Y el mismo texto legal, señala en su art. 145.1 que *“los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”*. Aquellos pacientes atendidos en la Administración Sanitaria Pública que pretendan obtener una indemnización por daños fundamentada en la existencia de responsabilidad profesional, deberán dirigirse contra inicialmente la entidad gestora de la que depende el facultativo presuntamente responsable de los daños acaecidos, y con posterioridad ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

III. EPIDEMIOLOGIA Y CONSECUENCIAS DE ERRORES MEDICOS.

Realizar un análisis global de la evaluación estadística del problema ha sido un problema común ante todos los estudiosos de la responsabilidad profesional médica. Son numerosos los motivos aludidos, entre los que se encuentran la amplia dispersión de la actividad médica, tanto en la medicina pública como privada, así como laboral o estatutaria, y por ende del control de sus reclamaciones, las diferencias en los criterios de medición, en la rigurosidad de aplicación de los mismos, y no olvidemos, la ocultación de datos ligados a errores médicos, que impiden tener conocimiento exacto del alcance real del problema.

Entre los estudios destinados a identificar y conocer la incidencia de casos de negligencia médica, para los expertos en este campo, el primer estudio que mayor crédito tuvo, utilizado como referencia en numerosos países, fue el realizado en Estados Unidos por Brennan y Leape, conocido como Harvard Medical Practice Study (HMPS). Consistió en la revisión de 30.121 historiales clínicos de 51 hospitales clínicos de New York tomados al azar. Llegaron a la conclusión de que ocurrían acontecimientos adversos en el 3,7% de las hospitalizaciones. De todos los acontecimientos adversos un 70,5% causaron incapacidad parcial durante más de 6 meses, un 2,6% ocasionaron incapacidad permanente y un 13,6% condujeron a la muerte. El porcentaje de aconte-

cimientos adversos atribuidos a negligencia médica aumentó en la categoría de daños más severos. Extrapolando la totalidad de los datos, considerando edad y sexo de los pacientes así como especialidades médicas, se estimó que durante 1984 hubo entre los 2.671.863 pacientes hospitalizados en New York un total de 98.609 acontecimientos adversos y 27.179 atribuidos a negligencia médica. Las conclusiones del estudio fueron demoledoras. Existe un número sustancial de daños que ocurren durante la asistencia médica a los pacientes y numerosos daños son el resultado de un cuidado deficiente.

Un grupo de investigadores australianos realizó un estudio similar sobre 14.179 pacientes de hospitales de 28 hospitales australianos durante 1995. Un acontecimiento adverso ocurría en el 16,6% de las admisiones resultando incapacidad permanente en 13,7% de los pacientes y muerte en el 4,9%.

Otros estudios conocidos sobre incidencia de complicaciones debidas a errores médicos son el realizado en 23 hospitales de California en 1976 que arrojó en un 4,6% de los ingresos ocurrían daños iatrogénicos y en un 0,8% de los ingresos se había producido una negligencia médica y el realizado en hospitales de Utah y Colorado en 1992 que concluyó que se producían errores en un 2,9% de los pacientes hospitalizados.

Los métodos del estudio de Harvard fueron utilizados en el Reino Unido por investigadores británicos, publicándose el trabajo en el BMJ. De un total de 37.732 atenciones se revisaron 1.014 historias clínicas de especialidades de medicina general, cirugía general, cirugía ortopédica y obstetricia encontrándose sucesos adversos en 110 pacientes, esto es, en el 10,84% de los historiales revisados. Del total de los sucesos adversos según los investigadores más de la mitad de ellos (57) eran evitables según los niveles normales de la asistencia sanitaria. Además estas complicaciones acarrearán un promedio de 8,5 días de estancia adicional en el hospital.

Quizás el informe médico de responsabilidad profesional sanitaria que mayor polémica y debates haya suscitado hasta la fecha ha sido el realizado por el Instituto de Medicina Americana (IOM) titulado "Fallar es humano: construyendo un sistema de salud seguro". En dicho estudio, basado en la extrapolación de datos recogidos del estudio de Harvard a toda la población estadounidense, se concluye que en Estados Unidos se producen anualmente entre 44.000 y 98.000 muertes debidas a error médico y aproximadamente un millón de casos con daño secundario a cuidado médico deficiente. Además se considera que los errores médicos ocurren con mayor frecuencia cuando los médicos carecen de la experiencia debida y cuando se utilizan procedimientos diagnósticos o terapéuticos modernos. Además se asocian a errores médicos edades extremas, tratamientos complejos, tratamientos urgentes y estancias hospitalarias prolongadas. En el mismo informe se procede a la extrapolación de los datos recogidos en el estudio australiano que arrojan en dicho territorio anualmente un total de 18.000 muertes innecesarias y al menos 50.000 pacientes incapacitados.

De hecho, en un trabajo de investigación realizado en la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Córdoba en 2002, intentamos en reiteradas ocasiones y por varios medios conocer unos datos muy simples y concretos en todas las provincias del país relativos a las denuncias por errores médicos, concretamente el número de casos de denuncias, porcentaje que prosperaron y especialidades afectadas con más frecuencia, no resultando posible conseguirlos al no ser facilitados por la gran mayoría de Colegios de Médicos encuestados.

Los estudios estadísticos que se comunican en la literatura son muy parciales y en modo alguno dan una perspectiva fiable del problema. No obstante, haremos referencia a algunas de estas comunicaciones que nos han parecido más interesantes.

Así, en un estudio realizado por la Subdirección Sanitaria del INSALUD (institución que abarca el mayor número de afiliados, aproximadamente un tercio de la Sanidad Pública española) de expedientes abiertos por reclamaciones (judiciales o administrativas, solicitando compensación económica al INSALUD) realizadas entre enero de 1995 y 30 de septiembre de 1999, una Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil formada por personal del INSALUD, la empresa aseguradora y la correduría de seguros, llega a las siguientes conclusiones: señalan expedientes por año de siniestro (1995: 506 expedientes; 1996: 478 expedientes; 1997: 520 expedientes; 1998: 406 expedientes; 1999: 27 expedientes); y expedientes por año de reclamación (1995: 45 expedientes; 1996: 34 expedientes; 1997: 433 expedientes; 1998: 637 expedientes; y 1999: 518 expedientes. Se estiman entre 4 y 6 años el período de descubrimiento de la mayoría de los siniestros (y correspondiente reclamación) con el pico máximo al año del siniestro. Respecto a la situación de los expedientes, un 53% fueron rehusados, un 12% se encontraban pendientes de resolución judicial, un 16% ya indemnizados y un 19% pendientes o en curso. El 85% de los siniestros se producen en el hospital, un 13% en Centros de Salud, un 1% en Centros concertados y un 1% en Servicios Especiales de Urgencia. Las áreas asistenciales que originan más reclamaciones son Urgencias (27%) y Quirófano (25%), incluyéndose en este apartado las complicaciones de la cirugía, destacando también las áreas de Consulta (20%) y Hospitalización (19%) y el resto en Sala de Partos (3%), Servicios Centrales (2%) y Otros (4%). Un 30% de los casos surgen por fallecimiento y el 70% por lesiones o secuelas. Entre los motivos de reclamaciones se establecen cinco apartados, problemas relacionados con el tratamiento como complicaciones o malos resultados (57%), problemas con el diagnóstico (28%), accidentes (9%), problemas relacionados con la organización (4%) y con la información (2%). Las especialidades que, en términos absolutos, aparecen con mayor frecuencia son Traumatología (14,38%), Medicina de Familia y General (13,03%), Ginecología (11,71%), seguidas de Cirugía (7,03%), Medicina de Urgencia, entendida como aquella en la que los médicos prestan sus servicios en la puerta de urgencias del hospital (6,73%), Oftalmología (4,2%), Medicina Interna (4,14%), Pediatría (3,12%) Urología (2,94%), y Otras sin especificar (4,62%).

Al relacionar estos datos con el número de médicos de cada especialidad, los resultados se modifican, situándose en los primeros lugares especialidades como Cirugía Cardiovascular, Neurocirugía, Cirugía Plástica o Cirugía Torácica, aunque Traumatología, Ginecología y Cirugía General mantienen un tercer, quinto y sexto lugar respectivamente. La distribución geográfica de las reclamaciones, relacionada con la población, no es homogénea, con índices más elevados en Asturias, La Rioja y Extremadura. Respecto a la cuantía de la indemnización, a fecha 30 de septiembre de 1999, la media es de 8 millones de pesetas, con un total de 1.557 millones de pesetas y un máximo de 38,5 millones.

Las especialidades médicas y actuaciones que presentan mayor riesgo de sufrir una reclamación judicial por presunta imprudencia profesional son las siguientes:

- Obstetricia: sufrimientos neonatales y prevención del embarazo.
- Traumatología: complicaciones quirúrgicas.
- Oncología: diagnóstico y tratamiento tardío de tumores).
- Servicios de urgencias: atención al dolor torácico, a los accidentes cerebro vasculares agudos y a los traumatismos craneoencefálicos.
- Cirugía general: patología de asas intestinales y de vías biliares.
- Ginecología: patología tumoral de la mama.
- Medicinas Satisfactivas en las que se exige la obligación de resultados:
 - Oftalmología: intervención de miopía y cataratas.
 - Cirugía estética.
 - Terapias esterilizadoras masculinas y femeninas.
 - Odontología.

Una comunicación previa sobre el mismo estudio de los resultados obtenidos entre enero de 1995 y junio de 1998 anticipa los resultados ya reseñados añadiendo otros: el sexo femenino (51,71%) predomina ligeramente entre los reclamantes, siendo un grupo de riesgo el de mujeres jóvenes, probablemente por la importancia de la patología relacionada con la reproducción y por esa razón en la edad infantil destaca el subgrupo de menores de un año en el que se incluyen los problemas relacionados con el nacimiento; la edad media de los perjudicados es de 42,99 años, la mayor parte entre 25 y 65 destacando los grupos de 60 a 65 años y de menores de 5 años, así como el tramo comprendido entre 30 y 55 años; los médicos son los profesionales más reclamados con un 90,41% del total, el personal de enfermería con un 6,31% si comparte responsabilidad con el médico y de un 2,63% si es el único implicado; en el 10% participaron médicos en período de formación, y en un 3,94% lo hacían como único demandado; entre los diagnósticos que con más frecuencia

originaron reclamaciones, el principal es el de complicación de una intervención o procedimiento diagnóstico (destacando las lesiones de nervios u órganos, infecciones postquirúrgicas y hemorragias entre las complicaciones de intervenciones quirúrgicas y la colangiografía endoscópica tras los procedimientos diagnósticos), seguido de fracturas, del infarto agudo de miocardio y de patología vascular cerebral. Entre los procedimientos quirúrgicos más frecuentes se citan las cesáreas, las intervenciones de útero y trompas, las intervenciones sobre articulaciones y columna vertebral y la extirpación de catarata.

En el VIII Congreso de Derecho y Salud de Santiago de Compostela, se afirma que un alto porcentaje de actos médicos da lugar a algún tipo de reclamación por parte del paciente, aunque estas denuncias no son necesariamente tramitadas por vía jurídica, cifrando el porcentaje de reclamaciones en Galicia en menos de un 1% y las condenas a profesionales sanitarios en torno al 12% de las que trascienden a los Juzgados.

Manuel Iglesias Cabero, magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo, en el XX Congreso de la Sociedad Española, presentó datos estadísticos relativos al año 2001, refiriendo que de las 50.000 reclamaciones judiciales por asuntos médicos presentadas ante los Tribunales sólo el 18 por ciento de ellas prosperaron. Iglesias Cabero recomendó acudir al arbitraje cuando el conflicto es entre particulares, pero señaló que "cuando una persona implicada pertenece al ámbito público, el arbitraje ya no es posible". Entre los principales motivos por los que se interponen demandas el experto señaló la falta de información al paciente, deficiencias en el servicio, negligencias, ignorancia o la falta de pericia.

A nivel hospitalario resulta brillante el estudio español realizado en el Servicio de Cirugía del Hospital General de Alicante. El estudio retrospectivo consistió en revisar historiales clínicos de cinco años con el fin de identificar sucesos adversos entendiendo como tales a todo accidente o incidente recogido en la historia clínica que haya causado o podido causar daño al paciente (ej., aplicación inadecuada de técnicas o de fármacos, infecciones nosocomiales, etc). El informe reveló sucesos adversos hasta en el 7,4% de los historiales revisados, y según Jesús María Aranaz, responsable del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Clínico Universitario de Alicante "se tiene la evidencia que un 40% de los mismos podrían haberse evitado al tener su origen en la asistencia realizada". Dichos efectos adversos aumentan la estancia hospitalaria, multiplicándolos a veces por tres.

Destacar el estudio publicado por ARIMANY y MANSO realizado con el principal seguro de responsabilidad profesional médico en Cataluña, con más de 24.000 médicos asegurados, analizando todas las reclamaciones cerradas entre 1986 y 2005, que fueron un total de 5246 casos. Se calculó el porcentaje de reclamaciones que correspondía a cada especialidad registrada, el porcentaje de reclamaciones que finalmente recibían una indemnización, ya fuera por sentencia judicial o por acuerdo extrajudicial, y se ana-

lizaron las cuantías de indemnización por especialidad. Obstetricia y ginecología, Cirugía ortopédica y traumatología, y Cirugía general, fueron las especialidades que tuvieron más reclamaciones. Obstetricia y ginecología registró el mayor porcentaje de indemnización. Pediatría, anatomía patológica, y obstetricia y ginecología, tuvieron las medias de indemnización más altas. Respecto a la cuantía de las indemnizaciones, Obstetricia y ginecología afrontó la mayoría de las indemnizaciones que superaron los 700.000 euros (tres de cuatro casos) y tuvo las mayores indemnizaciones medias.

Señalar finalmente que ADEPA, la Asociación del Defensor del Paciente en la memoria de 2012 trasladó a la opinión pública los casos de presuntas negligencias médico-sanitarias recibidas durante dicho año, procedentes tanto de la Sanidad Pública como de la Privada. Fueron un total de 13.782 casos, un aumento de 772 casos más que en 2011, de los cuales, 692 fueron con resultado de muerte, 89 casos más que en 2011.

Son numerosas las repercusiones derivadas de los errores médicos per se, así como de las reclamaciones médicas derivadas de los mismos, con diferentes e importantísimas consecuencias, a nivel profesional, social y económico, si bien podemos clasificarlas en médicas y jurídicas.

Entre las consecuencias médicas, quizás la más importante de ellas sea la práctica de una *medicina defensiva*. Como su propio nombre indica, con la práctica de una medicina defensiva los médicos tratan de defenderse ante posibles denuncias judiciales, procurando eludir o derivar los casos de riesgo diagnóstico o terapéutico, utilizando toda clase de medios complementarios y reservando los diagnósticos y pronósticos si no se tiene seguridad en ellos. Revela ELGUERO un estudio realizado sobre la repercusión de la medicina defensiva en el ejercicio profesional actual revela que siete de cada diez médicos actúan condicionados por el temor a recibir una posible demanda y un 52% de los médicos realizan prácticas de medicina defensiva. Asimismo más del 50 por ciento de las pruebas radiológicas que se realizan en España son innecesarias, al igual que el 40 por ciento de los antibióticos prescritos.

La *relación médico paciente se ha deteriorado* hasta el punto de dispararse el número de agresiones de pacientes o familiares a facultativos asistenciales. La gravedad de la situación hizo que desde altos estamentos se tomaran cartas en el asunto y tras un protocolo firmado entre el Consejo General del Colegio Oficial de Médicos y la Fiscalía se tomara en consideración al médico como autoridad pública, con las repercusiones pecuniarias que este hecho lleva consigo. Así es considerado por la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, y desde el momento en que se considera al médico como autoridad pública cualquier agresión pasa a ser considerada delito contra la autoridad pública con pena de cárcel. No obstante, a pesar de la consideración del médico como autoridad pública en los juicios de agresiones en la mayoría de las salas de Justicia, aún no existe una ley que obligue a dar ese tratamiento jurídico al facultativo de la sanidad pública.

Existe otro factor, al que ya nos hemos referido y en el que necesariamente se ha de reparar a la hora de estudiar la importancia del tema, y no es otro que los *grandes intereses económicos* que se suscitan, determinados por las caprichosas y desiguales cuantificaciones. Representan una importante fuente de ingreso para pacientes y familiares, abogados y procuradores, amén de peritos médicos, que progresivamente forman frentes y organizaciones cada vez más estudiadas, sofisticadas y oferentes. Las altísimas indemnizaciones económicas han repercutido de modo notable en el *encarecimiento de los seguros de responsabilidad civil profesional* hecho que en algunos países llega a comprometer el ejercicio de la actividad profesional de algunos especialistas.

Dado el número creciente de reclamaciones sanitarias podemos extraer dos principales consecuencias desde el punto de vista jurídico: la creciente judicialización de la medicina y la aparición de novedosas doctrinas jurídicas que enjuician el siempre controvertido campo de la responsabilidad profesional médica.

La *judicialización de la medicina* se acentúa en la utilización de la vía penal, ya que con ella se aseguran el acceso rápido a la historia clínica, la obtención de las declaraciones de los imputados y obtener un informe pericial gratuito, emitido por un médico forense, objetivo e imparcial por naturaleza, y que pone la administración de Justicia a disposición del usuario.

Asimismo referir que existen *múltiples doctrinas jurídicas* o criterios jurisprudenciales por las que se rige la responsabilidad profesional médica, que serán utilizados en los diferentes ámbitos jurídicos. Además cada caso ofrece sus matices particulares que hacen que nunca sean iguales, condicionados por opiniones, enfoques y puntos de vista distintos, con grandes divergencias en los órganos jurisdiccionales, llegando a crear en ocasiones inseguridad jurídica tanto en los profesionales de la actividad médica como en los usuarios de la misma. Entre las diferentes doctrinas jurídicas podemos citar:

- a) Doctrina basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa.
- b) Doctrina basada en la responsabilidad objetiva.
- c) Doctrina del daño desproporcionado.
- d) Doctrina de la inversión de la carga de la prueba.
- e) Doctrina de la pérdida de oportunidad.
- f) Doctrina de obligación de resultados.
- g) Doctrina del concepto de fuerza mayor.
- h) Doctrina del deber jurídico de soportar el daño.
- i) Doctrina de la probabilidad cualificada.

IV. CAUSAS DE RECLAMACIONES JUDICIALES POR PRESUNTA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL POR MALA PRAXIS MEDICA.

Las reclamaciones por daños derivados de las actuaciones médicas están motivadas por múltiples y complejas causas, unas de ellas relacionadas con las características generales de la actividad médica, que denominaremos CAUSAS GENERALES DE RECLAMACIONES MÉDICAS, estrechamente ligadas a las reclamaciones por presunto error médico; y otras reclamaciones derivadas del acto médico específico, y que en la mayoría de los casos, tienen relación directa con el profesional médico, refiriéndonos a estas como CAUSAS ESPECÍFICAS DE ERRORES MÉDICOS, que en no pocas ocasiones comportan mala praxis médica.

IV.A. CAUSAS GENERALES DE RECLAMACIONES MÉDICAS.

Son numerosas y variadas las causas relacionadas de modo GENERAL con la actividad profesional médica. De ellas podemos citar las siguientes:

- A) *Alteración de la relación médico-paciente*
- B) *Constante progreso de la medicina*
- C) *Gran demanda de prestaciones médicas*
- D) *Sociedad exigente y reivindicativa*
- E) *Tendencia social y jurídica a la objetivación del riesgo*
- F) *Grandes intereses económicos*
- G) *Inducción por la prensa y asociaciones defensoras de pacientes*

A) Una de las principales causas de la interposición de denuncias por imprudencia médica es la *alteración de la relación médico-paciente*, motivado por la actual socialización de la medicina. El paciente o sus familiares tienen un sentimiento de una atención incorrecta, un trato inadecuado por parte de los profesionales médicos o de la institución sanitaria, una percepción de que sus valores personales no fueron atendidos de modo idóneo. Un estudio publicado en la revista Lancet, señalaban los autores REVELLES y COLOMER, ponía de manifiesto que de lo que se quejaba la mayoría de los pacientes que llevaban a los tribunales a sus médicos en el Reino Unido no tenía tanto que ver con las consecuencias de lo que consideraban un error médico, como con el comportamiento poco humano o amable de los galenos a la hora de atenderles o comunicarles cuestiones referidas a su tratamiento.

En opinión de WU, profesor del Departamento de Health Policy and Management en la Escuela de Higiene y Salud Pública de la Universidad de Baltimore, Maryland, un método eficaz para reducir el número de demandas es la transparencia con los pacientes y sus familias: «Como médicos en quienes han depositado nuestra confianza

los pacientes, debemos soportar una obligación especial de contarles los errores que hayamos cometido en su cuidado. Una explicación en lenguaje llano de qué sucedió, una descripción de las consecuencias de la actuación médica, una expresión de arrepentimiento personal y, finalmente, una disculpa».

B) Juega un papel trascendental en la comisión de sucesos adversos o errores propiamente dichos derivados de actos médicos que con posterioridad ocasionan reclamaciones *el constante progreso de la medicina*, con aparición de nuevas técnicas complementarias, sofisticadas y en continua renovación, con grandes posibilidades diagnósticas y terapéuticas, que, por una parte, determinan grandes exigencias al hacer creer al paciente que todo puede ser solucionado, como si existiese un derecho inexcusable a sanar y no morir y por otra implican a veces intervenciones y técnicas más agresivas y arriesgadas.

C) Asimismo hay que resaltar *la gran demanda de prestaciones médicas*, que conlleva menor tiempo de dedicación al enfermo, sobre todo al contacto directo médico-enfermo y despersonalización del quehacer sanitario. La mayor capacidad asistencial de nuestro país en materia sanitaria, supone un aumento paralelo de los actos médicos y, con ello, de la posibilidad de irregularidades en los mismos, y a la vez un aumento del número de pacientes en edades extremas que demandan asistencia médica, ya sean neonatos o ancianos -ha aumentado considerablemente la esperanza de vida-, que llevan múltiple patología asociada, con riesgo mayor de complicaciones y de posibilidades de malos resultados.

Algunos de estos factores, dependientes de los cambios de la medicina actual, fueron muy bien descritos en la sentencia de la Sala de Lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 29/02/1995, que tuvo como ponente a D. Luis Román Puerta, cuando refirió que «la determinación de la responsabilidad médica debe hacerse considerando no sólo el carácter evidentemente técnico de la Medicina sino además otras de sus características más inherentes; de una parte la enorme multiplicidad de formas, sistemas y modos de ejercicio de la Medicina, de otra la vigencia del principio de universalidad del conocimiento científico (que pone en jaque en innumerables ocasiones la virtualidad de determinadas normas administrativas reguladoras de productos sanitarios), la velocidad del progreso de la Ciencia que provoca que juzgando en 1996 unos hechos acaecidos años antes de los conocimientos y/o los medios disponibles a la hora del enjuiciamiento sean muy superiores -y en ocasiones, determinantes- a los que tenía a su disposición el justiciable y, finalmente, la necesidad de experimentar los nuevos avances».

D) Pero el problema es más complejo, y además de estas y otras causas de mala praxis, hay que añadir o matizar otras externas al ejercicio médico en sí que determinan la existencia de reclamaciones. Entre ellas debemos citar al sujeto pasivo del sistema sanitario, esto es, *la actual sociedad, cada vez más exigente y reivindicativa*,

que llega a considerar la salud como un derecho y al médico como un técnico. En este sentido tiene cabida la aparición de la Ley 41/2002 reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en los tiempos actuales preside y dirige cada acto médico. Son cada día más numerosas las reclamaciones fundamentadas en supuestas infracciones de los derechos de los pacientes, ya sea información, consentimiento informado, secreto, respeto a voluntades anticipadas u otros.

E) Además, se añade la *tendencia social y jurídica a la objetivación del riesgo*, con la existencia en algunos países de nuestro entorno de tablas o baremos indemnizatorios de daños derivados de actos médicos, similares a los derivados de accidentes de tráfico, lo que supone gran incremento de los casos con tendencia a prosperar.

A todo esto se añade una gran inseguridad jurídica para el sistema sanitario y sus más significados representantes, los médicos, y, por otra parte, para los posibles pacientes perjudicados, motivada por la irregularidad y falta de uniformidad de criterios de los órganos judiciales, con múltiples y no bien definidos procedimientos de reclamación, distintas jurisdicciones y jurisprudencia copiosa, sin definición uniforme.

F) Existe un factor, al que ya nos hemos referido y en el que necesariamente se ha de reparar a la hora de estudiar la importancia del tema, y no es otro que los *grandes intereses económicos* que se suscitan, determinados por las caprichosas y desiguales cuantificaciones. Cada día son más frecuentes las sentencias judiciales con desorbitadas indemnizaciones derivadas de daños médicos, que representan una importante fuente de ingreso para pacientes y familiares, abogados y procuradores, amén de peritos médicos, que progresivamente forman frentes y organizaciones cada vez más estudiadas, sofisticadas y oferentes. En todo ello juegan importante papel los abogados, muchas veces promotores que se ofrecen con grandes facilidades a entablar demandas en hospitales, en la televisión, en páginas de internet, en autobuses y en las puertas de las consultas de cada médico. El negocio es tan productivo que a veces los médicos mismos estudian la licenciatura en Derecho para especializarse en estas reclamaciones como buenos conocedores de los avatares, en que normalmente se desenvuelve el ejercicio médico.

G) Finalmente no podemos olvidar la *inducción motivada por la información facilitada por la prensa y asociaciones defensoras de pacientes*. Cuando la prensa se mueve, moviliza masas, y el populismo es una tentación inevitable de los medios de comunicación, tan fácil de hacerse en esta materia. Los médicos saben bien las consecuencias negativas que para ellos se derivan, al intimidarlos e intentar llevarlos al banquillo, criticando muchas veces conductas de modo infundado o, cuando menos, muy exagerado y partidista

Según FERNÁNDEZ DE AGUIRRE «algunos de los factores que han incidido en ese aumento de reclamaciones son el mayor número de recursos con los que cuenta el

ciudadano -abogados, servicios jurídicos de los sindicatos, asociaciones de consumidores y usuarios, etcétera-, la conciencia de poder defender sus derechos dentro de un sistema de garantías de libertades públicas, el mayor nivel de vida y la mejor preparación profesional e intelectual de la sociedad».

O'CALLAGHAN, jurista de reconocido prestigio en el ámbito de la responsabilidad profesional médica, con ejercicio profesional en nuestro más Alto Tribunal, considera que las demandas se han multiplicado porque los usuarios son más conscientes de su derechos: «Los médicos piensan que se ha levantado la veda contra ellos; esa percepción no es exacta: se está empezando a levantar ahora». Con todo, señala que en los tribunales «no hay ningún interés en perseguir al médico. Ahora bien, si una persona entra en una operación y sale mal, no vale sólo con decir nadie ha tenido la culpa. Tal vez no, pero el que menos culpa tiene es el paciente».

IV. B. CAUSAS ESPECIFICAS DE ERRORES MEDICOS.

Como causas específicas que motivan reclamaciones por daños derivados de actos médicos podemos señalar una serie de procederes habituales en la práctica y ejercicio de la medicina, que exigen ser conocidas por parte de los médicos con el doble fin de conocer el tratamiento que le prestan los Tribunales y, en consecuencia, observarlos con exactitud y puntualidad, pues en ello estriba en muy gran parte una buena praxis.

El ejercicio de la medicina puede llevar aparejado la aparición de numerosos acontecimientos adversos (así denomina la literatura anglosajona a los errores médicos), los que a efectos descriptivos, podemos clasificar en tres grandes grupos: Errores Diagnósticos, Errores Terapéuticos y Errores de Prevención.

Con posterioridad analizaremos otra serie de causas relacionadas con las reclamaciones médicas, unas estrechamente ligadas al acto médico en sí (Historia Clínica defectuosa, Consentimiento informado o Información deficiente, Inobservancia de Guías o Protocolos de Actuación Médica), otras relacionadas con determinados tipos de actuación médica (Medicina de urgencia y Medicina en equipo), otras ligadas con deficiente o ausencia de la formación debida (Formación insuficiente –MIR, Titulación inadecuada -intrusismo-), algunas ligadas a la institución en la que se desarrolla la actividad médica (Listas de espera, Medios materiales inadecuados), y otras heterogéneas pero no por ello de menor importancia (Omisión del deber de socorro, Revelación de Secreto Médico o Ausencia de Servicios Médicos).

A) Errores Diagnósticos.

B) Errores Terapéuticos.

C) Errores de Prevención.

D) Consentimiento informado o Información deficiente.

- E) *Historia Clínica defectuosa.*
- F) *Inobservancia de Protocolos.*
- G) *Medicina de Urgencia.*
- H) *Medicina en Equipo.*
- I) *Formación insuficiente -MIR-.*
- J) *Titulación inadecuada -intrusismo-.*
- K) *Listas de espera.*
- L) *Medios materiales inadecuados.*
- M) *Omisión del deber de socorro.*
- N) *Revelación de secreto médico.*
- O) *Ausencia de Servicios Médicos.*

A efectos descriptivos procederemos a referir numerosas sentencias, la mayoría publicadas en Diario Médico, en la Sección Normativa, que desde hace más de una década realiza una labor de estudio y divulgación de jurisprudencia en materia de responsabilidad profesional médica de incalculable valor.

A) Errores Diagnósticos.

Los errores diagnósticos a su vez pueden estar motivados por numerosas causas, ya sea por errores flagrantes, por diagnóstico diferencial erróneo, por ausencia o realización indebida de pruebas complementarias, por altas hospitalarias indebidas, o por un seguimiento postoperatorio incorrecto.

a) Flagrante error médico. La comisión de una infracción grave de la *lex artis*, error inexcusable, es considerada por los Tribunales como sinónimo de culpabilidad penal.

«El error en el diagnóstico no es tipificable salvo que por su entidad y dimensiones sea una equivocación inexcusable», recogido por De Lorenzo y Montero. En Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1996 se condena a un médico que envía al psiquiatra a un paciente que padecía un tumor.

«Sólo un error inexcusable por retraso en el diagnóstico tiene relevancia penal». (DM; López Agúndez; 21/01/2003). El Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona absolvió a dos ginecólogos acusados de lesiones imprudentes debido a los daños sufridos por un neonato con motivo de la asistencia a la madre en un embarazo que cursó con eclampsia. Los médicos no ajustaron el diagnóstico, pero siguieron los protocolos de ginecología.

b) Diagnóstico diferencial erróneo. La actuación médica viene siendo contemplada por la Jurisprudencia como una obligación de medios y no de

resultados, por lo que un error diagnóstico cuando se hayan seguido los protocolos de actuación médica nunca será de entrada sinónimo de condena judicial. No obstante, si el profesional se aparta de las Guías de actuación y el diagnóstico clínico es erróneo o tardío las resoluciones judiciales pueden ser condenatorias.

«No hay error de diagnóstico sin signos claros de una patología». (DM; Carrasco; 21/07/2003). Ante la falta de signos concluyentes para detectar una patología grave la conducta del médico no puede suponer un error de diagnóstico y ser, por tanto, contraria a la *lex artis*, según señaló una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

«La buena praxis no evita que se pague por un error de diagnóstico». (DM; Mezquita; 24/12/2003). Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia tras el diagnóstico de una tumoración maligna muy frecuente (colangiocarcinoma) cuando en realidad existía un tumor benigno poco habitual (un hamartoma).

c) Falta o defectuosa realización de pruebas complementarias. La omisión o mala interpretación de pruebas complementarias ha sido el fundamento de numerosas sentencias condenatorias.

«Un médico pagará 781.315 euros por omitir una prueba de pH fetal». (DM; Carrasco; 10/10/2003). La Audiencia Provincial de Madrid condenó a un ginecólogo a pagar a un niño y a sus padres por los daños producidos a causa de un sufrimiento fetal agudo. El fallo subraya que el médico no realizó la prueba de pH fetal y utilizó el fórceps cuando estaba indicada la práctica de la cesárea.

«Condena por no hacer pruebas para excluir la disección aórtica». (DM; Esteban; 15/09/2004). Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Vitoria condenatoria por la ausencia de pruebas diagnósticas que habrían posibilitado un diagnóstico y tratamiento correcto del cuadro clínico.

«Condena por no agotar todas las pruebas en una pancreatitis». (DM; Carrasco; 06/04/2005). Condena del Juzgado núm. 41 de Madrid ante el fallecimiento por el retraso en el diagnóstico de una pancreatitis.

d) Alta hospitalaria indebida. La indicación errónea de altas hospitalarias también han servido como fundamento a los Tribunales de Justicia en resoluciones que finalizaron en condena.

«El error diagnóstico no es sancionable; el alta precipitada sí». (DM; Gil 05/11/1997). Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo que condenó porque «se le dio el alta cuando lo procedente era, de acuerdo con los informes periciales, el ingreso en el Servicio de Medicina Interna o de Digestivo, donde se le podían haber detectado las causas de su estado; no se trata, por tanto, de un error en el diagnóstico, sino una falta de adopción de las medidas necesarias».

«Negligencia médica: razones para una condena de 834.249 euros» (DM; Carrasco; 06/11/2001). El caso estudiado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sevilla corresponde a una paciente que sintió contracciones y expulsó el tapón mucoso, motivo por el que acudió a una clínica privada, donde una matrona tras examinarla telefoneó al ginecólogo para comunicarle que el feto estaba encajado y por ello se habían producido desgarros, que no había contracciones, pero que seguía expulsando el tapón mucoso. El médico, sin personarse en la clínica y valorando únicamente lo que la matrona le dijo, autorizó dar el alta. Una vez en su casa, persistían los síntomas, por lo que ingresó en urgencias, donde se le practicó una cesárea por sufrimiento fetal. El niño nació con graves secuelas.

«Condena por no dejar en observación a un paciente». (DM; Mezquita; 24/12/2003). El Tribunal Superior de Justicia de Valencia condenó a la Generalitat a pagar una indemnización de 120.202 euros a los familiares de una paciente que falleció por no quedar en observación hospitalaria, pues presentaba un cuadro de eventual afección cardíaca.

e) Seguimiento postoperatorio incorrecto. Otros errores diagnósticos pueden ser motivados por un deficiente control postoperatorio.

«Error inexcusable de diagnóstico por falta de atención en el postoperatorio». Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1980. El Tribunal condena por imprudencia profesional al cirujano, que se despreocupa del origen de una infección tetánica, centrandolo su reproche en que «ante los primeros síntomas ciertos y evidentes que denunciaban la presencia del tétanos, el cirujano no lo diagnosticó y atribuyó su sintomatología a otra enfermedad con evidente e inexcusable error de diagnóstico».

«Condena al ICS por no vigilar una catarata en el postoperatorio». (DM; López Agúndez; 22/01/2003). La sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aceptó la reclamación porque siendo «la endoftalmitis una complicación posible en un postoperatorio de una cirugía de cataratas, la no realización de control postoperatorio hasta siete días más tarde de darle de alta fue determinante en el mal resultado».

B) Errores terapéuticos.

Pueden surgir errores terapéuticos por fallos en la administración de la medicación, o en la elección de la técnica quirúrgica, o durante la realización de la misma, ya sea por olvido de material quirúrgico (gasas o pinzas) o maniobras quirúrgicas incorrectas que condicionan complicaciones inesperadas (hemorragias profusas, perforaciones viscerales, infecciones, etc.), por aparición de complicaciones o riesgos típicos, o por no obtener el resultado perseguido dentro de la medicina satisfactiva.

a) Fallos en la administración de la medicación.

«El Supremo condena a un pediatra por negligencia al recetar un fármaco». (DM; López Agúndez; 10/04/2001). «Cuando el médico prescribe un tratamiento que consiste en el uso o consumo de un fármaco, incumbe al facultativo la información sobre su utilización y dosificación; la selección del medicamento adecuado supone un juicio clínico que ha de sopesar y valorar los riesgos y los beneficios de su operatividad», declaró la Sala Civil del Tribunal Supremo en lo que constituye la primera sentencia que condenó a un médico por prescribir un fármaco.

«El Supremo condena por ignorar el riesgo indicado en el prospecto». (DM; Esteban; 18/04/2002). Tras sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el Servicio Vasco de Salud tuvo que pagar una indemnización de 240.000 euros a un paciente que contrajo diabetes como consecuencia de la administración defectuosa de un fármaco. Pese a que el prospecto advertía del riesgo de la diabetes y que los resultados mensuales de las analíticas reflejaban el aumento gradual de la glucosa, el equipo médico no suspendió el tratamiento ni rebajó la dosis del medicamento.

«Condena por administrar un fármaco por una vía errónea». (DM; Mezquita; 28/11/2005). Una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia condenó por la administración de la vincristina vía intratecal cuando sólo estaba indicado vía intravenosa.

b) Indicación terapéutica incorrecta. La elección de una técnica quirúrgica inadecuada, bien por estar la misma desaconsejada o no ser la considerada como idónea por la comunidad científica actual puede ser causa de reproche judicial.

«Un fallo condena por usar una técnica obsoleta y desaconsejada». (DM; Carrasco y Esteban; 18/04/2002). La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional condenó al Insalud por una deficiente asistencia sanitaria en un parto complicado por distocia de hombros, ya que según los informes periciales, la técnica empleada por los facultativos en el alumbramiento no era la correcta, pues no se emplea desde los años cuarenta y estaba desaconsejada por la literatura médica.

«Condena por una cirugía muy agresiva en colitis ulcerosa». (DM; Carrasco; 12/07/2005). El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condenó al entender que la técnica empleada ni era la idónea ni estaba prescrita.

«Condena por usar una técnica obsoleta y contraindicada». (DM; Carrasco; 20/07/2005). El Tribunal Superior de Justicia de Galicia condenó a un ginecólogo por usar una técnica ya abandonada y contraindicada durante un parto que finalizó con graves secuelas en la parturienta.

c) Maniobra quirúrgica incorrecta. La realización inadecuada de maniobras quirúrgicas puede ocasionar daños que sean motivo de condenas judiciales.

«Indemnizada con 132.357 euros una perforación intraocular». (DM; Redacción; 30/06/2004). Sentencia condenatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la aparición de secuela derivada de daño quirúrgico.

«Condena por no eliminar parte de un dispositivo terapéutico». (DM; Siles; 17/03/2005). Una Sentencia del Tribunal Supremo en vía administrativa condenó por la inadecuada retirada de un catéter que ocasionó graves secuelas.

«Condena por ocasionar sacroileítis tras poner una inyección intramuscular». (DM; Siles; 14/12/2005). Sentencia condenatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la aparición de inflamación de la articulación de la cadera, sacroileítis, derivado de una técnica inadecuada en la administración de un fármaco vía inyección intramuscular.

d) Complicaciones o riesgos típicos. La aparición de complicaciones solo serán motivo de condenas cuando se encuentran asociados a infracción de la *lex artis ad hoc*. Por otro lado, los riesgos típicos deberán ser debidamente informados a los pacientes.

«Condena por no atajar a tiempo una complicación». (DM; Esteban; 21/07/2003). La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco condenó a la Administración por los daños ocasionados a un paciente como consecuencia de una complicación que no fue resuelta durante una intervención de resección transuretral.

«Condena por una peritonitis yatrogénica tras la implantación de un catéter». (DM; Carrasco; 09/06/2004). Sentencia condenatoria de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por la aparición de una complicación no considerada como riesgo típico del acto médico realizado.

«El daño que es un riesgo típico en el ejercicio no se indemniza». (DM; Carrasco; 01/06/2004). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que contempla una doctrina jurídica seguida por la gran mayoría de los Tribunales.

«El riesgo típico no constituye mala praxis, recuerda un fallo». (DM; Redacción; 09/11/2005). Tras una intervención intracraneal se produjo una hemorragia subaracnoidea, riesgo previsto en el consentimiento informado de la intervención, por lo que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco procedió a la absolución del Servicio Vasco de Salud.

e) Olvido de material quirúrgico. Existe discrepancia en las resoluciones judiciales motivadas por el olvido de material quirúrgico, aunque en cierta medida son relativamente frecuentes las absoluciones penales y las condenas civiles.

«Absolución penal a un médico por olvidar una gasa en una operación». (DM; Carrasco; 27/01/2003) El Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid absolvió a un facultativo de un delito de lesiones por imprudencia con motivo del olvido de una gasa en el abdomen de una paciente después de hacerle una histerectomía al curar de la fístula intestinal que se produjo.

«El olvido de una gasa sin daño no genera responsabilidad penal». (DM; Esteban; 26/03/2004). Una sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Barcelona absolvió a un médico que olvidó una gasa durante una intervención, porque la gasa no fue causante de las lesiones, aunque reprocha la omisión del profesional.

«Condena a un equipo por dejar una gasa dentro de un paciente». (DM; Siles; 20/12/2005). Sentencia condenatoria del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Cádiz por la aparición de daños derivados del olvido de una gasa quirúrgica.

f) Resultado quirúrgico insatisfactorio. Cuando en medicina satisfactiva (especialmente medicina estética) se prometen resultados y los mismos no se consiguen, la norma son las condenas judiciales.

«Condenada una médico por obtener un resultado mediocre al hacer una liposucción». (DM; Europa Press; 16/01/2004). La Audiencia Provincial de Valencia condenó a un médico a pagar a una paciente una indemnización de 6.550,38 euros porque al practicarle una liposucción obtuvo un resultado mediocre «al no tener un dominio suficiente de la técnica operatoria”.

«Prometer el resultado en estética exige cumplirlo, recuerda un fallo». (DM; López Agúndez; 17/02/2004). Según sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Lugo, la promesa realizada al paciente de obtener un buen resultado en las intervenciones de estética crea la obligación al facultativo de satisfacerlo. Si no se logra, aparece la responsabilidad que determina la reparación del daño.

«Condena por no conseguir el resultado en una mamoplastia». (DM; Siles; 27/07/2005). Una sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Barcelona condenó al entender que existe obligación de resultado y que la operación se llevó a cabo con resultado negativo e insatisfactorio, aún conociendo que no existió mala praxis.

C) Errores de prevención.

Dentro de los errores de prevención podemos incluir las pruebas preoperatorias incorrectas (ausencia de consentimiento informado o defectuosa valoración del riesgo operatorio), la falta de administración de fármacos para prevenir patologías (ej.: heparina para tromboembolismos o antibióticos para infecciones), el diagnóstico tumoral tardío por falta de realización de pruebas, la falta de anamnesis en alergias medicamentosas, o el diagnóstico prenatal incorrecto que impide la realización de abortos terapéuticos.

«El Supremo condena al Insalud por mala praxis en un preoperatorio». (DM; Carrasco; 28/01/2003). La Sala Civil del Tribunal Supremo condenó al Insalud a pagar a una paciente una pensión mensual vitalicia por la omisión de una prueba clave en un preoperatorio de cáncer de mama. Según la sentencia, las graves secuelas que actualmente padece la enferma se podrían haber evitado o al menos disminuido si se hubiera empleado la diligencia sanitaria normal. «La omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas constituye sin duda un descuido por parte de la Administración».

«Condena por falta de prevención de TVP tras una artroscopia». (DM; Carrasco; 06/03/2003). La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional condenó por no suministrar heparina a un paciente después de haberse sometido a una artroscopia para prevenir el desarrollo de una trombosis venosa profunda.

«Condena por no tratar el riesgo de contagio vertical de VIH». (DM; Mezquita y Moreno; 17/06/2004). Sentencia condenatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por falta de prevención en la transmisión materno fetal del VIH.

«El CI en diagnóstico prenatal debe abarcar el riesgo remoto». (DM; Esteban; 30/12/2005). Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil (Recurso nº 1002/2005) de fecha 21/12/2005 indemnizando con más de 300.000 euros por nacimiento de un síndrome de Down con diagnóstico prenatal previo.

D) Consentimiento informado (CI) o Información deficiente.

Además, dentro de las características propias y necesarias de cualquier tipo de asistencia médica, existen un grupo de causas de error o imprudencia que siempre entran en juego en las reclamaciones motivando mala praxis y denuncias por sí mismas y con especial trascendencia en la resolución final, si no se realizaron de modo correcto. Nos referimos a la correcta *información y al CI*.

Según la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y estime conveniente. Son numerosísimas las resoluciones judiciales en las que la ausencia o realización defectuosa del CI juega un papel trascendental para la condena o absolución. Sirvan como botón de muestra las siguientes:

«Una sentencia niega validez al CI firmado a las puertas del quirófano». (DM; Esteban; 22/02/2002). Sentencia Audiencia Provincial de Baleares.

«La falta de consentimiento obliga a indemnizar aun si hubo diligencia médica». En Sentencia Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil (Recurso nº 3558/1992) se esta-

blece que el médico está obligado a indemnizar el daño si no informó del riesgo y aun cuando su actuación hubiese sido correcta. Además en la sentencia se obliga al médico a probar que informó y, sobre todo, ante el incumplimiento de este deber impide alegar que se trataba de un riesgo imprevisible y, por tanto, inevitable.

«No adaptar el CI a la cultura del paciente cuesta 357.995 euros». (DM; Carrasco; 02/12/2003). Sentencia de Juzgado 1.ª Instancia núm. 8 de Granada. Según la sentencia «la falta de información precisa, personalizada y específica debe ser calificada como una omisión culposa por la que se debe responder». Refiere el fallo que no se informó de modo personalizado, serio y riguroso, limitándose a firmar un impreso normalizado dos meses antes de la intervención sin informar el alto riesgo existente. Se añade que quién firmó el CI, según el informe que emitió el Departamento de Antropología y Trabajo Social de la Universidad de Granada era una persona «casi analfabeta y con limitaciones culturales y de conocimiento para comprender lo que significaba la firma de dicho documento».

«El CI firmado el mismo día de la operación se presume nulo». (DM; Carrasco; 25/05/2004). Sentencia de Juzgado 1.ª Instancia núm. 23 de Madrid.

«Hay que informar de las posibilidades de curación, aunque sean escasas». (DM; Soledad Valle; 04/10/10). La ausencia de información de las alternativas a un tratamiento provocaron la condena que impuso un juzgado de Canarias al Servicio Canario de Salud con 96.869 euros.

E) Historia clínica (HC) defectuosa.

En la actualidad, resulta evidente el trascendental papel que desempeña la HC como herramienta de trabajo de los facultativos implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a efectos de interpretación médica o con fines científicos. Errores o defectos en su realización han resultado claves en numerosas ocasiones para la resolución final de reclamaciones médicas y es por ello que, aunque no puedan ser consideradas por sí solas como causa de errores médicos, si nos parece que deben ser consideradas de modo individual en la clasificación descriptiva de estos.

«La negativa o el retraso médico en aportar la historia clínica al proceso es considerado por el Tribunal Supremo como un indicio de culpabilidad» (DM; Redacción; 20/05/1997).

«Condena millonaria a un obstetra por no presentar la historia clínica completa». (DM; Carrasco; 14/01/2003). Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Recurso nº 1761/1997). Refiere la sentencia «la HC presentada fue incompleta e insuficiente. Existe un oscurantismo o falta de transparencia total».

«Otra sentencia considera la historia clínica como prueba de que se informó». (DM; Carrasco; 19/02/2003). Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

«El Supremo avala la información verbal si consta en la historia». (DM; Carrasco; 05/06/2003). Refiere la sentencia que debe quedar constancia de tal información en la historia clínica. Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

«Condena por no hacer constar la información verbal en la historia clínica». (DM; Siles; 07/09/2005). Una sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Gijón aplica la Ley 41/2002, que da prioridad a la forma oral del CI sobre la escrita, siempre que se haga constar en el historial.

F) Inobservancia de protocolos.

Las referencias al cumplimiento o no de los protocolos o guías de constitución vienen siendo una constante en las sentencias judiciales de reclamaciones por mala praxis médica. Tanto el Tribunal como las partes son legos en el ámbito médico y desconocen las *lex artis* que rige la ciencia médica. Los protocolos clínicos, como bien dice GARCÍA HERNÁNDEZ, constituyen una serie de normas o reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones dirigidas a los profesionales sanitarios, es decir, constituyen un plan de acción coordinado relacionado con una enfermedad. Los protocolos deben además ajustarse al entorno asistencial en el que se aplican, siendo necesario que se adapten a las condiciones de los servicios médicos en que vayan a ser utilizados, en relación a los medios personales (cualificación profesional) y materiales (pruebas complementarias disponibles). Y, tal y como expresa Antonio Pedreira, magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid, «aunque el cumplimiento de los protocolos no suponen una garantía de que el médico no va a estar exento de responsabilidad, sí ayudan al juez a valorar la responsabilidad del facultativo en los actos que está enjuiciando». La incorporación de los protocolos al procedimiento judicial constituye una enorme ayuda para el juzgador, ya que el cumplimiento de los mismos traslada al Tribunal que antes de realizar el acto médico el profesional reparó en las ventajas e inconvenientes de la opción terapéutica elegida y sopesó la posibilidad de otras alternativas diagnósticas y terapéuticas. Al mismo tiempo, introducen elementos de certeza, seguridad y confianza entre la propia clase médica, ya que resulta sumamente extraño que un profesional que haya cumplido un protocolo de actuación médica sea con posterioridad condenado en un tribunal de justicia.

Como ejemplo de las numerosísimas resoluciones judiciales en los que han sido determinantes el cumplimiento del protocolo de actuación, podemos citar las siguientes:

«Condena por no seguir protocolos de diagnóstico en cáncer de mama». (DM; Carrasco; 05/12/2001)

«Seguir un protocolo en asistencia urgente es causa de absolución». (DM; Carrasco; 16/09/2002). Sentencia absolutoria del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Burgos

«Absolución al ICS por aplicar un protocolo en una pancreatitis aguda». (DM; Carrasco; 26/02/2003)

«La Administración indemniza por el incumplimiento del protocolo». (DM; Esteban; 22/04/2004). El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco condenó a la Administración por el fallecimiento de un paciente tras una intervención de extirpación de vesícula y lobectomía de tiroides derecha por la falta de cumplimiento del protocolo que llevó al tribunal a sancionar pues «demuestra que no se adoptaron las precauciones debidas en la intervención quirúrgica».

«Absolución por ajustarse el parto a los protocolos». (DM; Esteban; 13/12/2005). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en vía administrativa.

«La vigencia del protocolo, clave al juzgar la praxis». (DM; Esteban; 21/09/10). Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia absolvió a la Consejería de Sanidad de Murcia en una denuncia interpuesta por falta de información sobre una prueba para detectar malformaciones fetales. El Tribunal fundamentó la sentencia en que la paciente no estaba incluida en los protocolos por su edad.

G) Medicina de urgencia.

En la medicina de urgencia se desarrolla la actividad médica en unas circunstancias que favorecen las posibilidades de mala praxis y el aumento de reclamaciones de responsabilidad por la misma. La metodología utilizada es diferente a la de la medicina general, existiendo la necesidad de adoptar decisiones inmediatas e irreversibles, aparte de la propia dinámica de prelación de los servicios de urgencia. Factores que aumentan los riesgos de posibles deficiencias, complicaciones, errores, y por ende, reclamaciones.

La mayor parte de las demandas se relacionan con la HC de urgencias, motivada por discrepancias en la sintomatología referida por el paciente en la demanda y la recogida en la historia por el profesional durante la asistencia. Y es que en urgencias no se dispone generalmente de historias anteriores, orientadoras y rigurosas, que permitan establecer antecedentes fundamentados, por lo que se actúa con datos recogidos de inmediato, imprecisos, de dudosa fiabilidad. Por otra parte, las HC que se realizan en muchos servicios de urgencia, saturados, son incompletas y elementales, limitándose a veces a consignar los síntomas fundamentales y el tratamiento. Pero el papel de la HC es trascendental en un enjuiciamiento posterior del acto médico, pues es la prueba fundamental del interés, cuidado, atención y exploración, que se ha dispensado al paciente y, asimismo, del análisis de posibles errores diagnósticos y terapéuticos.

Con objeto de prevenir este riesgo, se ha llegado a proponer la creación de una «historia clínica judicializada de Urgencias» cuya principal novedad reside en que solicita la firma del propio paciente, lo que eliminaría ulteriores discordancias. Entre los

datos clínicos protocolizados y acreditados por el paciente en asistencia urgente se deberían encontrar: datos de filiación; síntomas y desde cuándo se producen; reacciones alérgicas pasadas o presentes a medicamentos y sustancias químicas o fisiológicas; antecedentes médicos de sus familiares directos (incluidas intolerancias o alergias); enfermedades congénitas o hereditarias; enfermedad, tratamiento actual (aparte de los síntomas); observaciones y firmas del médico y paciente. Este protocolo, que inicialmente está pensado para la Medicina de Urgencia, puede extenderse a las primeras consultas ordinarias, que se completarán posteriormente con la HC.

«No hacer ECG en urgencias a un paciente de riesgo coronario es responsabilidad objetiva». (DM; López Agúndez; 04/02/2003). La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional condenó al Insalud a indemnizar a los familiares de un paciente que falleció de IAM después de haberle diagnosticado aerofagia tres horas antes en urgencias. La sentencia consideró que debió tenerse en cuenta que se trataba de un paciente de riesgo -fumador y con hipercolesterolemia- y realizar un electrocardiograma que «habría aportado información útil».

«Dos nuevos fallos condenan por la omisión diagnóstica y la imprecisión en urgencias». (DM; López Agúndez y Navarre; 20/02/2003). Dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de Valencia condenaron por error de diagnóstico emitido en los servicios de urgencias. En el caso catalán fue omitida una analítica «que hubiera permitido un diagnóstico diferencial», y en el sucedido en Valencia no hubo precisión al interpretar los síntomas del paciente.

«Condena por malinterpretar un ECG en dolor torácico urgente». (DM; Carrasco; 10/09/2004). Sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por actuación incorrecta en servicio de urgencias.

H) Medicina en equipo.

La modulación del régimen de responsabilidad profesional del trabajo en equipo, comenta DE LA CRUZ RODRIGUEZ, se ha efectuado sobre la base de dos principios ya consolidados en nuestra doctrina jurisprudencial: el principio de confianza y el principio de división del trabajo o de la propia responsabilidad. El principio de confianza, aplicable tanto a la división del trabajo vertical como horizontal, viene a significar que quien actúa correctamente dentro del equipo debe confiar en que los demás miembros del mismo también actuarán correctamente. Por ello, no se puede hacer extensible la responsabilidad profesional de quien no observó las correspondientes normas o reglas de conducta a quien, contrariamente, si las respetó. Por otro lado, el principio de división del trabajo o de la propia responsabilidad viene a complementar al anterior y no significa otra cosa que cada miembro del equipo responderá de las negligencias cometidas en su correspondiente ámbito de competencias, por lo que resulta necesario tener perfectamente delimitadas las funciones propias de los mismos.

«La condena en equipo se reparte según el grado de responsabilidad». (DM; Carrasco; 05/01/2004). La Sala Civil del Tribunal Supremo condenó a varios médicos a pagar una indemnización de 360.607 euros, pero a pesar de que trabajaron en equipo, no respondieron todos por igual, sino que el tribunal tuvo en cuenta la entidad de la negligencia de cada uno y sus consecuencias.

«El Supremo condena por una falta de coordinación del equipo médico». (DM; Esteban; 17/03/2004). Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo en la que los magistrados sancionaron a los equipos de traumatología, neumología y ORL por ignorar la advertencia de la historia clínica en la que constaba que el paciente había estado un largo periodo de tiempo intubado, lo que generaba el peligro de posibles problemas respiratorios.

«Todo el equipo debe velar por que la operación se realice de forma idónea». (DM; Esteban; 16/06/2005). Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que sigue la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo abogando por el reparto de la condena de forma proporcional al grado de responsabilidad de cada miembro del equipo médico. Rechazó la tesis del cirujano que descargaba la responsabilidad en el anestesista por colocación incorrecta del paciente durante la intervención.

«Condena por descoordinación entre primaria y especializada». (DM; Esteban; 03/11/2005). Sentencia de la Audiencia Nacional en vía administrativa por descoordinación entre médico de cabecera y los servicios del hospital comarcal que derivaron en que no se produjera un diagnóstico precoz de una isquemia en un miembro inferior.

1) Formación insuficiente -MIR-.

Las normas que regulan la docencia de los MIR, entre otras el R.D. 127/84 de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención de título especialista dicen que éstos asumen de forma progresiva y supervisada la responsabilidad profesional de su actividad, si bien debemos tener en cuenta que en la actualidad no existe ninguna norma que determine dónde están los límites. Tal circunstancia genera una posición de riesgo que en ocasiones desemboca en una reclamación judicial contra el residente y su responsable. Cuando realizan guardias se establece que el tutor debe vigilar y supervisar al residente. Las circunstancias generadoras de riesgo más frecuentes son la ausencia de comunicación y coordinación, la falta de cualificación y la falta de medios para la atención hospitalaria. El titular del servicio puede ser responsable de la infracción del deber de vigilancia y supervisión de los residentes, delegando, por ejemplo, la realización de actuaciones médicas en el caso de aquellos que no estén capacitados. En su caso, como refiere URIOSTE, respondería de los daños causados a un paciente, si existe una imprudencia grave (reclamación penal que no suele prosperar), excepto si el médico en formación se extralimita en sus funciones, actuando sin pedir la ayuda de su tutor

o de otro médico experto. Una cuestión muy debatida es si los residentes están capacitados para emitir altas médicas. Según CESAR GALAN, el alta es un acto clínico más y el residente estará capacitado en función de su año de formación, de sus conocimientos específicos y de la patología de que se trate. Al igual que el tutor decide las intervenciones o diagnósticos que un MIR puede acometer progresivamente solo, también determinará que tipo de altas puede otorgar sin su supervisión, y siempre que dude debe recabar el asesoramiento necesario.

«Condena por delegar la intubación en un R-4». (DM; Redacción; 30/10/1998). En una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 23/05/1998, se sancionó la delegación a un MIR de una función para la cuál no estaba suficientemente capacitado

«Condena al MIR por extralimitarse y al tutor por no supervisar». (DM; Redacción; 19/01/2000). Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo condenatoria a una residente que no consultó con el supervisor y decidió un alta improcedente que derivó en daños.

«Un tribunal penal absuelve a un MIR por seguir el protocolo en cirugía ortopédica». (DM; Carrasco; 09/03/2004). Un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a un MIR porque su actuación profesional se ajustó al protocolo elaborado para situaciones de riesgo que se presentan en cirugía ortopédica.

«El MIR no responde penalmente por olvidar material quirúrgico». (DM; Esteban; 18/06/2004). Refiere una sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja que «se trata de un profesional de quinto año, pero en periodo de formación, que debe actuar bajo la supervisión y tutela de un especialista. La finalidad» de esta supervisión es «evitar situaciones como la presente, por lo que la responsabilidad en cuanto a lo acontecido recae en el médico especialista que participó en la operación, que debió alertar la falta de la pinza».

J) Titulación inadecuada -intrusismo-.

La interpretación judicial del ejercicio profesional de especialidades médicas sin el correspondiente título ha adoptado dos tipos de actitudes, un criterio permisivo y otro restrictivo.

En relación al criterio permisivo en diversas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional pueden extraerse unas consideraciones de la caracterización administrativa del título y de la profesión: la profesión es sólo una, la de médico; el título de especialista no es académico ni universitario, por lo que nunca se incurrirá en el tipo más grave del delito de intrusismo, sólo cabrá el más leve por actuar sin poseer un título oficial que acredite capacitación y habilite para el ejercicio profesional; y de existir la profesión de médico especialista, su ejercicio no está regulado por norma con rango de Ley.

En total contraposición se alzan otros juristas y ciertas sentencias de nuestros más Altos Tribunales que adoptan un criterio restrictivo. En base a una Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, «cabe en la profesión médica para valorar el ejercicio profesional la *lex artis ad hoc*, módulo rector de todo arte médico, que sirve como criterio valorador acerca de la corrección o no de un acto ejecutado por un profesional de la medicina, al tener en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos como estado o intervención del enfermo, estado de sus familiares y estado de la organización sanitaria». Por tanto, la *lex artis ad hoc* se refiere al enfermo en concreto según el grado de su salud y el tipo de enfermedad que padece, y se le exige al médico que acomode sus conocimientos generales o especiales a la enfermedad concreta que tiene ante sí.

«Hacer cirugía estética sin título se castiga en vía administrativa». (DM; Carrasco; 19/07/2004). Sentencia del Juzgado núm. 3 de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife.

«Condena a un quiromasajista por realizar tratamientos sanitarios sin tener la correspondiente autorización». (DM; Europa Press; 20/06/2005). Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Cádiz.

«Una sentencia condena a un protésico dental por un delito de intrusismo». (DM; Europa Press; 12/01/2006). Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla.

K) Listas de espera.

La realidad de la lista de espera entra dentro de la teoría del riesgo en el ámbito de la Administración. Esta, por el mero hecho de su actuación, genera un riesgo y éste, si se materializa, hay que indemnizarlo, porque sólo es posible librarse de indemnización con una ley que imponga aceptar el perjuicio en cuestión. El jurista FERNÁNDEZ DE AGUIRRE cuestiona «si el paciente tiene el deber jurídico de soportar el daño producido o, por el contrario, ese daño es antijurídico. Está claro que el particular no tiene el deber jurídico de soportar el daño si no hay una ley que le obligue a soportarlo. La realidad de la lista de espera entra dentro del riesgo en el ámbito de la Administración. Esta, por el mero hecho de su actuación, genera un riesgo y éste, si se materializa, hay que indemnizarlo, porque sólo es posible librarse de indemnización con una ley que imponga aceptar el perjuicio en cuestión».

«Un fallo condena por la muerte de una paciente en lista de espera» (DM; Díaz; 30/06/2003). La Audiencia Nacional condenó al Ministerio de Sanidad a pagar una indemnización de 63.800 euros a los familiares de una paciente que falleció tras pasar cuatro años en lista de espera a la espera de una intervención quirúrgica.

«Un TSJ dice que cinco meses para la mamografía es excesivo». (DM; Carrasco; 12/01/2005). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condenando al SAS porque transcurrieron más de

cinco meses para hacer una mamografía a una paciente que falleció de un carcinoma ductal infiltrante.

«Condena por esperar dos años para intervenir un tumor». (DM; Soledad Valle; 20/09/10). Un juzgado de Santiago de Compostela condenó al Servicio Gallego de Salud a indemnizar al paciente por la existencia de una pérdida de oportunidad al entender que la demora en la actuación sanitaria sobre un tumor hizo que no fuera operable y sólo admitiera un tratamiento sintomático.

«El retraso al tratar un glaucoma deja secuelas indemnizables». (DM; Soledad Valle; 16/09/10). La Audiencia Provincial de Baleares confirmó la condena de 57.284 euros a una Clínica por las secuelas existentes en una paciente derivadas del retraso en la intervención que precisaba un glaucoma.

«El SAS acuerda indemnizar a un paciente por retrasar el tratamiento de un ojo». (DM; Europa Press; 23/09/2010). El Servicio Andaluz de Salud llegó a un acuerdo extrajudicial para indemnizar con 17.788 euros a un paciente por la deficiente atención dispensada por los servicios médicos de un hospital gaditano tras ser intervenido de una operación de cataratas.

L) Medios materiales inadecuados.

DE LORENZO Y SÁNCHEZ exponen de modo acertada que la obligación de medios debe abarcar: «la obligación de cada médico de tener el material adecuado para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento, naturalmente que atendiendo a la modalidad de ejercicio profesional; la obligación de mantener en correcto estado los medios técnicos de que disponga, y de controlar su funcionamiento; y la de utilizar correctamente dichos medios técnicos». La responsabilidad del médico como consecuencia del mal estado del material o del instrumental es una responsabilidad estrictamente médico-profesional.

Según ALMAGRO NOSETE, magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo «el daño causado a un paciente por falta de medios es responsabilidad del centro sanitario. En estos casos, el médico puede negarse a realizar determinadas intervenciones si no cuenta con los medios necesarios, pero responde en vía civil si no advierte al centro dicha carencia». Veamos algunas resoluciones judiciales referentes al déficit en los medios materiales.

«El Supremo condena al Insalud por deficiencias en el material». La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1988 declaró que «hubo actuación culposa del INSALUD al consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento en materia tan delicada para la salud de las personas, lo que determinó el fallecimiento del paciente».

«Condena por un acto correcto que ignoró la falta de medios del centro». (DM; Carrasco y Méndez; 22/07/2002). La Audiencia Provincial de Valladolid condenó a una

ginecóloga por impudencia penal leve a pesar de que su actuación clínica fue ajustada a la *lex artis* pero ignoró la falta de medios de la clínica. La sentencia recuerda que, tal y como se estaba desarrollando el parto, la acusada debió avisar con antelación al cuadro médico para adelantar la cesárea y evitar graves secuelas al feto.

«Condena millonaria por falta de ventilación mecánica en un centro». (DM; Esteban; 02/05/2003). La falta de medios en un centro público fue la causa por la que una niña de siete meses sufrió una hipoxia aguda y por la que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó a la Administración a pagar una indemnización de 679.143 euros. El fallo censuró que «un hospital de la red pública que atiende a una población de la densidad de la que se trata» carezca de un ventilador mecánico.

«Un tribunal censura la falta de medios de un hospital comarcal». (DM; Carrasco; 01/12/2003). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó al Servicio Catalán de la Salud por la ausencia de medios de un hospital comarcal explicando que el fallecimiento del paciente se podía haber evitado si el centro le hubiera practicado un TAC o una ecografía/arteriografía en horas de guardia, pues le hubieran detectado la grave enfermedad que padecía.

M) Omisión del deber de socorro.

El actual Código Penal, en el artículo 196, añade una normativa específica a la "omisión del deber de socorro" en que pueden ocurrir los profesionales sanitarios cuando pueda considerárseles obligados a la prestación de determinada asistencia o al cumplimiento de unos servicios sanitarios. Según SOTO NIETO, como este tipo penal omisivo obedece al propósito de salvaguarda y protección de la vida e integridad corporal, sólo se traspone el umbral del área penal «cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas». La conducta típica viene constituida por una «omisión pura o simple, denegar la asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios», sobre la base de concurrencia de un doble requisito: «que el médico o profesional sanitario esté obligado a prestar la asistencia requerida o a desempeñar el servicio del que hace dejación, y que tales vacíos de auxilio comporten un riesgo grave para la salud de las personas».

Durante la vigencia del anterior Código Penal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1981 castigó por delito de omisión de socorro a un médico ginecólogo que se encontraba de guardia y que se negó a prestar la asistencia facultativa que le fue requerida por una parturienta, en trance de alumbramiento anormal, que conocía por habersele manifestado, considerando que «si bien estaba obligado a no abandonar bajo ningún concepto ni pretexto el servicio de guardia para atender enfermos de emergencia fuera del local en el que cumplía su cometido, ello no era óbice para que hubiese ordenado inmediatamente el traslado de la enferma al Centro en el que se encontraba, ni mucho menos para que hubiese de-

mandando sin pérdida de tiempo el auxilio de otros organismos médicos que, a no dudar, hubiesen prestado socorro».

En Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Penal, de fecha 07/05/1999, se absolvió por primera vez a un médico denunciado entre otros delitos del de omisión sanitaria al no concurrir las circunstancias necesarias para ello.

N) Revelación de secreto médico.

Según los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, R.D. 1018/80, de 19 de mayo, se entiende por secreto médico «aquellas confidencias que por razón de su profesión, el médico recibe de sus clientes, conducentes a recibir a cambio un consejo o un servicio correspondientes a esta profesión». Su amplitud no queda restringida a las manifestaciones que el paciente hace a su médico, sino que se concierne a todas aquellas que el médico observe y conozca relacionadas con la enfermedad. La revelación del mismo puede acarrear responsabilidad profesional en el facultativo.

Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Penal, de fecha 4/04/2001, que condenó a una ginecóloga a un año de prisión, dos años de inhabilitación especial e indemnización de dos millones de pesetas porque «la divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona un derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto».

«La falta de sigilo cuando se tramita un expediente se paga». (DM; Carrasco; 16/03/2005). Sentencia del Tribunal Supremo en vía contenciosa al apreciar en la Administración una cierta negligencia en mantener la obligación de sigilo administrativo impuesta legalmente en la tramitación de expedientes que puedan afectar al buen nombre o reputación de los administrados.

O) Ausencia de Servicios Médicos Especializados.

Empieza a introducirse como un cuentagotas en las sentencias judiciales la doctrina de la pérdida de oportunidad, que tiene su origen en la jurisprudencia francesa, procedente del Derecho Civil. Según la misma, basta una cierta probabilidad de que, con una intervención del médico más diligente o con una disposición más eficaz de los medios sanitarios, se hubiese podido evitar el resultado dañoso, aún no pudiéndose afirmar con certeza, para indemnizar a la víctima.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Recurso núm. 481/2000, en 4 de noviembre de 2003) condenó a la Administración por el fallecimiento de un paciente debido a una insuficiencia cardíaca que tardó casi dos semanas en ser diagnosticada. La resolución judicial, que aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad, señaló que «no cabe duda de que al enfermo se le privó de un tratamiento precoz y adecuado que, a juicio de los peritos, podría haber evitado su muerte».

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Recurso núm. 4088/1998) absolvió a un médico de urgencias rechazando la tesis de la pérdida de oportunidad tras aclarar que el proceso diagnóstico -rigurosamente detallado en la historia- fue correcto y que la realización de un TAC no habría variado el resultado final.

La Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Valencia aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad al condenar a la Consejería de Sanidad a pagar 30.000 euros por la muerte de un paciente de 57 años que podía haberse vitado si se le hubiera operado para abordar una infección. (DM; Europa Press, Valencia; 4/10/2010).

V. MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE ERRORES MÉDICOS.

Del análisis pormenorizado tanto de las causas de errores médicos, como del estudio pormenorizado de las resoluciones judiciales de Responsabilidad Profesional Médica, pueden extraerse algunas actuaciones o medidas destinadas a la Prevención de Errores Médicos, que deben ser llevadas a cabo desde varios niveles de atención.

V.1. Actuación del Médico.

Inicialmente el médico debe poner especial énfasis en mejorar en la medida de lo posible su relación con el paciente. Es fundamental empatizar con el enfermo, entender su enfermedad, comprender sus dudas, tratar de solucionar sus inquietudes, llegar a convencer al paciente que el médico está preocupado por su enfermedad y que hará todo lo que tiene en sus manos por atenderla del mejor modo posible. Solucionará numerosos problemas en el futuro.

Una atención médica correcta implica realizar una adecuada y meticulosa Historia Clínica, la realización tanto del traslado de la información médica como del consentimiento informado en caso de ser necesario y el cumplimiento de los protocolos de actuación médica acordes al estado actual de la ciencia médica.

Una medida imprescindible, estrictamente necesaria y obligada hasta por el Código actual de Deontología y Ética Médica, es la realización de cuantas actividades sean necesarias para la Formación Continuada.

Finalmente realizar ejercicio de autocrítica ante la existencia de posibles errores, reconocer los mismos, sus causas y tratar de evitarlos en un futuro.

V.2. Actuación del paciente.

La relación médico paciente es primordial para una adecuada praxis médica con lo que es aconsejable que la actitud de los mismos sea la más adecuada para ello.

Asimismo resulta necesario que la sociedad, y con ello los pacientes, tengan conciencia real de los riesgos inherentes a la actividad médica y de la imposibilidad

de aplicar siempre las más innovadoras pruebas complementarias y técnicas quirúrgicas, difundidas de modo sensacionalista por los medios de comunicación, que llegan a confundir a enfermos y familiares.

V.3. Actuación de la Administración Sanitaria.

Existen además multitud de medidas que deben ser reflejadas en la prevención de reclamaciones sanitarias:

Contemplar la masificación asistencial, adecuando los Centros Hospitalarios y los medios personales a las necesidades existentes.

Organización sanitaria correcta, valorando las jornadas laborales excesivamente prolongadas (en ocasiones hasta de 30 horas ininterrumpidas) o la colocación de médicos residentes de primer año en primera línea de guerra en los Servicios de Guardia Hospitalarios.

Fomentar la formación continuada de todos los profesionales.

Impulsar la figura del médico responsable del paciente en Centros Hospitalarios, destinado a humanizar la asistencia médica y asegurar una correcta información al paciente de todo su proceso médico, minimizando las deficiencias que motiva la medicina en equipo.

Impulsar la gestión de riesgos hospitalarios, tratando de analizar las causas de las reclamaciones y poner las medidas adecuadas frente a las mismas. Reconocer los errores médicos ante los pacientes acelerando las compensaciones económicas evitarían numerosos conflictos judiciales.

V.4. Actuación de la Administración Central.

Además existen otras vías de prevención a adoptar por la Administración Central que disminuirían se entienden podrían disminuir estos conflictos.

Impulsar nuevas vías de solución de los conflictos sanitarios, como Mediación, Conciliación y Arbitraje.

Adopción de las medidas necesarias para la unificación de criterios jurisprudenciales que favorezcan la seguridad jurídica del médico y paciente.

Valorar la entrada en vigor de un Baremo de daños médicos.

Trasladar a la sociedad los riesgos de los actos médicos.

BIBLIOGRAFIA

- LEW, D. ZULMA ORTIZ, E. En: http://www.mpfm.gob.pe/descargas/revista_imi/0303_epidemiologia.pdf . Consultado el 22 de abril de 2013.
- ALVARADO-GUEVARA AT; FLORES-SANDÍ G. "Errores Médicos". *Acta Méd. Costarric.* Vol 51 (1), enero-marzo 2009, pp 16-23.
- RUSSO G. "Aspectos médico legales referentes al diagnóstico". En: http://www.jus-corrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/aspectos_legales.pdf. Consultado el 14 de mayo de 2013.
- GULY, HR. "Diagnostic error in an accident and emergency department". *Emerg Med J.* 2001; 18:263-269.
- ABATE A. "O erro médico. Erro do diagnóstico e Erro do procedimento". *Informativo Jurídico.* 2006; 35:1-4.
- MENEZES CA. "Do erro médico". *Revista de Direito Renovar,* 2003; 27: 101-110.
- GALLAGHER, TH, WATERMAN AD, EBERS AG, FRASER VJ, LEVINSON W. "Patients Attitudes Regarding the Disclosure of Medical Errors". *JAMA.* 2003; 289: 1001-1007.
- TULLIO, A. *Diccionario Médico Legal.* Abeledo Perrot: Argentina, 1999.
- BRENNAN TRYEN, A; LEAPE LL; LAIRD NM, ET AL. "Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I". *N Eng J Med,* núm. 324 (6), 1991, pp 370-377.
- WILSON, RM; RUNCIMAN, WB; GIBBERD, RW, ET AL. "The Quality in Australia Health Care Study". *Med J Aust,* núm. 163, 1995, pp 458-476.
- CALIFORNIA MEDICAL ASSOCIATION; CALIFORNIA HOSPITAL ASSOCIATION. "Report on the Medical Insurance Feasibility Study". California Medical Association, San Francisco, 1977.
- MEIRELLES GOMES, JC Y VELOSO DE FRANÇA,G. "Error Médico". *Iniciación a la Bioética – Parte IV – Bioética Clínica.* <http://www.saip.org.uy/ejprof/errormed.pdf>
- THOMAS, EJ; STUDDERT, DM; BURSTIN, HR ET AL. "Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado". *Med Care,* núm. 38, 2000, pp 261-271.
- VINCENT, C; NEALE, G; WOLOSHYNOWYCH, M. "Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review". *BMJ,* núm. 322, 2001, pp 517-519.
- KOHN, LT; CORRIGAN, JM; DONALDSON, MS. "To err is human: building a safer health system". National Academy Press, Washington, D.C., 1999.

- HERNÁNDEZ GIL, A. Tesis Doctoral 2004. "Responsabilidad por Malpraxis Médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios de Médicos y Abogados". Universidad de Córdoba. Córdoba, 2004.
- GUIRAO GARCÍA, AL. "Gestión de Riesgos Sanitarios. La experiencia del Insalud". En las II Jornadas Nacionales de Gestión de Riesgos Sanitarios, Murcia, 1999.
- LAFARGA I TRAVER, JL. *Diario Médico*. 10/11/1999. Normativa.
- DÍAZ, T. "De las 50.000 reclamaciones judiciales presentadas en 2001 por asuntos médicos, sólo el 18 por ciento prosperaron". *Diario Médico*. 21/10/2002. Normativa.
- NAVARRE, T. "La mitad de los efectos adversos asistenciales son evitables". *Las Provincias*. 22/05/2003.
- ARIMANY-MANSO J, ET AL. Las reclamaciones sobre responsabilidad profesional por especialidades en un escenario diferente al estadounidense. *Gac Sanit*. 2012. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.03.006>
- ADEPA. Asociación El Defensor del Paciente. Memoria Anual 2012. <http://www.negligenciasmedicas.com/Index/MEMORIA%202012.pdf>.
- REVELLES, D. Y COLOMER, A. «Errores Médicos. Locos del bisturí. Qué Negligencias médicas son las más habituales y por qué se producen». *CNR*, 2002; Mayo (63): 16-25.
- Wu, A. W. «Buscar soluciones, hablar claro». *British Medical Journal*, 2001; 322; 1236-1240.
- HERNÁNDEZ MORENO, J., HERNÁNDEZ GIL, A Y HERNÁNDEZ GIL, M.L. «Responsabilidad por Malpraxis Médica: La Vía Extrajudicial». *Cuadernos de Medicina Forense*, 2002; 28: 7-24.
- LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. BOE 15 de noviembre de 2002. *La Ley*, 1580/2002.
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, JC. «La Administración no debe ser una aseguradora universal del daño sanitario». *Diario Médico*. 02/04/2004. Normativa.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «La nueva orientación jurisprudencial en la Responsabilidad civil del médico». Aportación a las IV Jornadas de Valoración del Daño Corporal en Responsabilidad Profesional Sanitaria. Sevilla, Junio, 2001.
- HERNÁNDEZ GIL, A. Y HERNÁNDEZ MORENO, J. Claves de la Responsabilidad del Médico en España. Editorial Masterline. Madrid, 2006.

- DE LORENZO Y MONTERO, R. «El error en el diagnóstico no es tipificable salvo que por su entidad y dimensiones sea una equivocación inexcusable». *Responsabilidad. Plan de formación en Responsabilidad Legal Profesional*. Unidad didáctica nº 3. Madrid. Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario, 1997.
- DIARIO MÉDICO. Numerosos artículos de Redacción, Europa Press y de la sección Normativa de *Diario Médico* citados puntualmente en el texto.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. «Error inexcusable de diagnóstico por falta de atención en el postoperatorio». *Responsabilidad. Plan de formación en Responsabilidad Legal Profesional*. Unidad didáctica nº 3. Madrid. Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario, 1997.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. «El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial». *Diario La Ley*, Nº 7358, Sección Doctrina, 9 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-77, Editorial LA LEY
- CANTERO RIVAS, R. «Cuestiones relativas a la Historia Clínica». *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-286, tomo 5, Editorial LA LEY
- GARCÍA HERNÁNDEZ, T. *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales*. La Ley-Actualidad S.A., Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ GIL, A. «Estudio médico forense de la responsabilidad profesional médica». *Revista Estudios Jurídicos Segunda Epoca*. 8/2008.
- NAVARRE, T. «Una sentencia condena por no aplicar el protocolo más seguro». *Diario Médico*. Madrid, 05/03/2001.
- DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, JG. «La peritación médico-forense en casos de responsabilidad médica». Aportación al Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Madrid, Noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999.
- REAL DECRETO 127/84, DE 11 DE ENERO, *por el que se regula la FORMACIÓN MÉDICA ESPECIALIZADA y la obtención de título especialista*. BOE 31 de enero de 1984. LA LEY 61/1984.
- URIOSTE, R. «¿Responde el Jefe de Servicio por el MIR?». *Diario Médico*. 15/09/2003. Normativa.
- CÉSAR GALÁN, J.C. «El MIR puede dar altas según año, experiencia y patología». *Diario Médico*. 05/05/2005. Normativa.
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, JC. «Responsabilidad y listas de espera». Aportación al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 1999.

- DE LORENZO Y MONTERO, R. Y SÁNCHEZ CARO, J. «El consentimiento informado». *Plan de formación en Responsabilidad Legal Profesional*. Unidad didáctica nº 2. Madrid. Edicomplet. 2000; p. 63-161. Asociación Española de Derecho Sanitario, 1997.
- CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA. GUÍA DE ETICA MÉDICA. Aprobado por la Asamblea General de la OMC el pasado 09 de julio de 2011. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/index.html#/25/zoomed
- ALMAGRO NOSETE, J. «El médico responde en vía civil de la falta de medios si no lo advierte al centro». *Diario Médico*. 22/05/2003. Normativa.
- SOTO NIETO, F. «¿La omisión del deber de socorro puede asegurarse?». Aportación al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997. Asociación Española de Derecho Sanitario.
- REAL DECRETO 1018/1980, DE 19 DE MAYO, *por el que se aprueban los ESTATUTOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN MÉDICO COLEGIAL Y DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS*. BOE 28 de Mayo de 1980. LA LEY 999/1980.
- ELGUERO, J.M. «Las reclamaciones médicas se incrementaron en un 30% el año pasado. Situación actual de la responsabilidad civil en España. Marsh». *Economía de la Salud*. Volumen 6, nº 2; p.11, año 2007.
- HERNÁNDEZ GIL, A. Y HERNÁNDEZ MORENO, J. “Causas y consecuencias de las Reclamaciones Judiciales por Mala Praxis Médica”. Coautor del LIBRO *La Responsabilidad Jurídico Sanitaria*. Editorial: La Ley, 2011. p.357-436. ISBN: 978-84-8126-837-9.

LA HISTORIA CLÍNICA COMO PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL POR RESPONSABILIDAD MÉDICA

Mariano Casado Blanco

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA y
Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.

INTRODUCCIÓN

El médico ha de tener muy presente que su ejercicio profesional está supeditado a normas legales, que lo regulan, y a normas deontológicas, que establecen cual debe ser su conducta y comportamiento profesional. De ahí que a la hora de hablar de la historia clínica y atendiendo a sus implicaciones tanto éticas como deontológicas, debemos acudir a esa doble regulación.

La legal, la encontramos en normas tanto estatales como autonómicas, que hacen referencia a ella directamente y la deontológica se regula en el Código de Deontología Médica.

Aparte de estas apreciaciones, también hay que considerar que la historia clínica es el documento médico-legal más importante, en el que queda registrada toda la relación del médico y resto de personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarios relacionados con él y todos los datos relativos a su salud, que se efectúan con la finalidad de facilitar una determinada asistencia.

Pero al mismo tiempo, no podemos perder de vista que, la historia clínica trasciende el interés personal o del paciente y del médico, para reflejar su importancia en la propia colectividad, de ahí los fines que puede tener una historia clínica y su importancia a la hora de establecer o valorar la actuación del profesional, por ello se le considera como una prueba documental directa de primer orden, pero sin olvidar que la documentación clínica constituye un documento privado y no público aún cuando haya sido elaborado en el ámbito de la medicina pública, pues en tal función los médicos actúan con independencia de su normativa estatutaria o funcional.

REGULACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA

La regulación de la historia clínica, de forma esquemática se encuentra sustentada y reglamentada sobre tres grandes pilares:

1. Legislación Sanitaria Estatal y Autonómica.
2. Normativa sobre Protección de datos de carácter personal.
3. Regulación Deontológica.

LEGISLACIÓN SANITARIA ESTATAL Y AUTONÓMICA:

Al hablar de este tema, no queda muy claro si existe un verdadero desarrollo normativo y específico de la historia clínica, que resulte suficientemente concreto y resolutorio y que de respuestas a todas y cada uno de los dilemas legales que se plantean en la práctica médica y sanitaria.

Esta regulación legal, sin extendernos mucho, que se inició con la Ley General de Sanidad de 1986, se hablaba de obligatoriedades y de una serie de principios generales que regulaban la confidencialidad y el acceso a la historia clínica, pero que resultaba a todas luces insuficiente.

Fue posteriormente con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), donde se hizo una ordenación específica de la historia clínica, la cual dedica específicamente el capítulo V a la regulación de la historia clínica (artículos 14 a 19).

Sin duda alguna, que la promulgación de ésta norma legislativa supuso una importante reforma en varios aspectos, en concreto a todo aquello que hace referencia al tratamiento y defensa de los derechos y deberes de los pacientes así como la regulación de determinadas cuestiones relativas a la historia clínica que la legislación anterior, había tratado de una forma insuficiente, sobre todo en lo que hacía referencia a cuestiones como: contenido y usos, accesos, custodia y conservación así como aspectos más concretos como pudiera ser el informe de alta y otra documentación clínica.

En el actual texto legislativo, la historia clínica queda regulada, por el artículo 3 (LAP), que como definición legal, indica que es *“el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”*. Del mismo modo concede protagonismo a los profesionales sanitarios, cuando considera como elemento esencial de la historia clínica tanto la identificación como la cumplimentación correspondiendo esto a los profesionales sanitarios que intervienen en los diferentes procesos asistenciales del paciente.

Al tener la Ley, 41/2002, la condición de básica, circunstancia que aparece expresamente señalada en la Disposición Adicional Primera e igualmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 149.1.1ª y 16ª de la Constitución Española, el Estado y las Comunidades Autónomas adoptan, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esa Ley. De esta manera y al ser competencia de cada Comunidad Autónoma la planificación, organización y gestión de las políticas de salud y de los servicios sanitarios, se consigue una mayor eficacia, adaptando estos servicios a las necesidades reales de la población.

En base a lo anterior, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se promulgó la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información sanitaria y Autonomía del paciente. El Título V, del citado texto legal, recoge las garantías necesarias para el adecuado respeto de los derechos relativos a la documentación sanitaria por parte de los centros, establecimientos y servicios sanitarios, destacando la importancia de la historia clínica como elemento central en el ámbito de la documentación sanitaria.

En éste Título y en su capítulo I se dispone el articulado que hace referencia a la Historia Clínica (arts. 31-36) quedando definida como *“el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro sanitario”*.

NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

La propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, referencia cuestiones de interés, para el tema que estamos tratando. Así el artículo 3 incluye como datos de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. Por su parte el artículo 7.3, y en referencia a datos especialmente protegidos, incorpora aquellos *“datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual”*, estableciendo que *“sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”*. Específicamente los datos relativos a la salud, se plasman en el artículo 8: *“sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 sobre cesión y comunicación de datos y el correspondiente consentimiento del paciente, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”*.

EL VALOR JURÍDICO DE LA HISTORIA CLÍNICA

Dentro del contexto médico-legal y deontológico, que es en el que desarrollamos la presente exposición, la historia clínica adquiere una especial dimensión en el mundo jurídico, al estar considerada como una obligación legal del médico. Ello es así porque es el documento donde queda reflejada de una forma transparente el acto médico y no sólo su práctica médica, sino también el cumplimiento de algunos de los principales deberes del médico respecto al paciente y que la propia legislación contempla, como el deber de asistencia, deber de información, existencia o no del consentimiento informado, rechazo al tratamiento, expresión de voluntades anticipadas.... Por ello, debemos tener presente que la historia clínica es una fundamental herramienta probatoria a la hora de determinar posibles responsabilidades ya sean civiles, penales o administrativas.

Ante casos de supuestos de responsabilidad médica, ya sean por errores diagnósticos, falta de seguimiento de un proceso asistencial, aparición de un daño desproporcionado o incluso casos de malapraxis, el médico cuenta con un instrumento oportuno y determinante de todo el proceso judicial, como es la historia clínica del paciente.

El significativo aumento de las demandas por *“malapraxis”* que se registran en el mundo médico, plantea obligaciones al médico encaminadas de extremar las precauciones cuando ha de cumplimentar la historia clínica, para así poder estar en posesión de los elementos de prueba necesarios para ejercer adecuadamente su defensa, frente a la petición de responsabilidad tanto a los médicos como al resto de profesionales sanitarios y a las propias instituciones sanitarias.

Básicamente estas precauciones se establecen en que sea completa, ordenada, actualizada, con identificación del médico y del resto de profesionales sanitarios que intervienen, inteligible y comprensible con el paciente y con los compañeros, respetuosa en su redacción, con las rectificaciones y aclaraciones oportunas y necesarias y veraz.

Desde el punto de vista práctico, cuando una historia clínica no cumple estos requisitos y por tanto resulta defectuosa, tiene omisiones o está completada con datos no totalmente ciertos, las probabilidades de demostrar la buena praxis del médico, en una reclamación de responsabilidad por presunta malapaxis, se reducen drásticamente, ya que el médico deberá aportar otros elementos de prueba que no se plasman o no se justifican con una historia clínica incompleta. Es decir, aunque la historia clínica incompleta no implica necesariamente el haber incurrido en malapaxis médica, sí que se convierte en una presunción en contra del médico, quien deberá entonces aportar los elementos que faltan, con los que pueda justificar su actuación. Es frecuente encontrar omisiones en las historias clínicas, la gran mayoría de las cuales son involuntarias y están provocadas por cuestiones circunstanciales, como las prisas o una sobrecarga en la tarea del médico.

En caso de responsabilidad por malapaxis, la historia clínica pasa a ser el eje central del proceso judicial, a través del medio de prueba documental y de la pericia médica, ya que el informe pericial, se basa y se fundamenta sobre la historia clínica. Por eso, si esta es defectuosa, la carga de la prueba, que pesa naturalmente sobre el paciente que demanda, se invertirá y quedará a cargo del médico quien deberá probar que actuó correctamente.

Los médicos tienen que darse cuenta y tener muy presente que la historia clínica no es un simple registro y que es su obligación el registrar todas las incidencias evolutivas del proceso asistencial, informando adecuadamente al paciente, e incluso facilitando una copia de su historia.

LA HISTORIA CLÍNICA EN ASUNTOS DE MALAPRAXIS

El evidente aumento de las demandas por “malapaxis” que se registran en el mundo sanitario en general y en el médico en particular, conlleva a que de forma obligada debamos hacer mención sobre la importancia que tiene la historia clínica en el momento de enfrentar casos de presuntas malapaxis médica.

Cuando se conoce un poco el mundo judicial, se puede comprobar como el acudir a la Justicia para denunciar, querellar o demandar a un médico, por una presunta *mala praxis* ha dejado de ser algo inusual, insólito o extraordinario. Además es sorprendente como las pretensiones económicas por indemnización se han incrementado considerablemente ya sean a través de las jurisdicciones civil o contencioso-administrativa.

Entre los variados factores que pueden asociarse a esta actitud social creciente de solicitudes de demandas contra los médicos y sanitarios en general podríamos hacer un largo listado, que se puede resumir en cuestiones concretas, como el estableci-

miento de una medicina más compleja, medicina más despersonalizada, los cambios en la relación médico-paciente, mayor información por parte de los pacientes, inducción por parte de la prensa y asociaciones de pacientes, las expectativas, a veces inalcanzables, que se depositan en el mundo médico y que conllevan a la frustración por la mala evolución de la enfermedad; el aumento de la litigiosidad en general, la universalización de la accesibilidad al sistema sanitario, e incluso porqué no indicarlo, la aparición de abogados “pseudoespecializados” en estos temas que ven un buen recurso, para la obtención de beneficios tanto para el perjudicado como para abogados y gestores, mediante la obtención de indemnizaciones, vías seguros de responsabilidad civil.

Para desarrollar este apartado debemos tener presente que la relación médico-paciente, está definida como un contrato de prestaciones y el único modo o lugar donde quedar reflejada esta relación lo es en la historia clínica.

De ahí, que esta exprese básicamente todo el proceso de atención médica y sanitaria, como así mismo es útil para poder determinar la calidad de los servicios. Junto a estas dos características, no se puede olvidar que se trata de un instrumento de carácter probatorio de especial importancia en el momento en que es preciso determinar responsabilidades ya sean penales, civiles administrativas o incluso de carácter deontológico.

Bien es cierto y como se ha podido comprobar, que la historia clínica resulta ser una documentación algo compleja y si además tenemos en cuenta que el ejercicio de la medicina ha tenido en los últimos tiempos unos cambios muy significativos, donde el principio de autonomía del paciente prima en detrimento de los antiguos conceptos paternalistas, hace que el desarrollo actual de la profesión conlleve el tratamiento de una medicina documentada, y queramos o no es la historia clínica el mejor medidor de la actuación del médico.

Cuando el paciente o sus familiares consideran que se han visto perjudicados por actuaciones médicas que pudieran haber conllevado errores diagnósticos, terapéuticos o preventivos, y a los que no se les puede dar una explicación clara y convincente ni por parte del médico responsable ni por cualquier otro miembro médico o sanitario del equipo asistencial, se interpone una denuncia, querrela o demanda ante los órganos judiciales competentes para llegar, en lo posible, a determinar si verdaderamente ha existido una *malapaxis* médica.

En estos casos el paciente o sus familiares consultarán con un abogado a fin de que sea éste quien efectúe una primera valoración jurídica del caso y poder acreditar la existencia de indicios de esta presunta *malapaxis* que compense poner en marcha los procedimientos que hagan efectiva la específica reclamación judicial.

Una vez seguidos estos primeros pasos, se inicia la reclamación judicial, dirigida a exigir responsabilidad por los daños ocasionados. Estas reclamaciones judiciales se pueden llevar a cabo por vías diferentes, ya sea civil, penal y/o contencioso-administrativa.

Por lo general, se acude normalmente a la vía penal, pues suele ser más rápida, a la vez que económica, pero también es la que genera mayor temor en el profesional, pues es la que puede implicar mayores consecuencias, como prisión, inhabilitación para ejercer su profesión y multa. Sin adentrarnos en especificaciones técnicas, en derecho penal para que exista responsabilidad es necesario probar la existencia de culpabilidad. Para ello existen dos formas de culpas, bien por dolo o por imprudencia. Existiendo dolo cuando el profesional sabe lo que hace y tiene intención de hacerlo, es decir que actúa con conciencia y voluntad. Y se actúa por imprudencia cuando se omite la diligencia profesional debida y obligada, es decir que no hay intencionalidad de causar ningún daño, pero éste aparece.

El procedimiento se inicia por medio de una denuncia o de una querrela que deberá estar dirigida hacia alguien en concreto (médico responsable, profesional sanitario o equipo asistencial). En éste tipo de responsabilidad también se suele denunciar, a parte del médico, a otros responsables solidarios como la clínica, hospital o entidad aseguradora para asegurarse la correspondiente indemnización si el médico no pudiera responder por sí mismo.

Por su parte la vía civil, si bien es la más cara, también es la más "efectiva". Este tipo de responsabilidad está regulada por el Código Civil, que en su artículo 1089 establece dos tipos de responsabilidad civil, la contractual (procede del incumplimiento de un contrato válido) y la extracontractual (cuando el daño se produce al margen de la relación contractual es decir derivada del acto ilícito). En este caso, el proceso se inicia con una demanda que caso de que se gane el paciente (demandante) recibirá únicamente una compensación económica, aunque también hay que saber que si finalmente se demuestra que no ha existido negligencia médica o profesional, el demandante se hará cargo del pago de los gastos que genera el proceso, lo que se conoce como "costas".

Y en tercer lugar la vía contencioso-administrativa, en las que la acción se ejerce no contra los propios médicos, sino contra los servicios de salud, que sin lugar a dudas resultan comparativamente más beneficiosas tanto para el paciente como para sus familiares, pues estas se rigen por el principio de responsabilidad objetiva y se prescinde del criterio de culpa personal. Es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesta en vigor el 14 de enero de 1999, la que regula el procedimiento judicial en el que la Administración se hace cargo de las reclamaciones por negligencias cometidas, en un hospital público, por el personal a su servicio. Esta vía, que se limita a la responsabilidad de la Administración y nunca del médico, suele ser lenta e incluso resulta más cara.

ASPECTOS LEGALES Y DEONTOLÓGICOS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

Resulta cada vez más interesante al igual que obligado analizar todos los conflictos que se plantean en la práctica sanitaria, y no sólo desde la perspectiva legal, sino también desde la óptica de la ética médica y deontológica, lo cual es algo diferente,

pues este análisis no tiene por objeto directo el comentario de aquello que la legislación establece en cada caso, sino que tiene que ir más allá. La Deontología es la que nos da respuesta no a lo que tenemos o no tenemos que hacer, sino a lo que debemos y cómo debemos adoptar una determinada conducta ante determinadas situaciones o conflictos profesionales.

De ahí que si lo jurídico establece límites a una determinada actuación, determinando aquellas conductas que resultan antijurídicas; la ética médica y la deontología, por su parte, tratan de buscar la mejor solución a un determinado problema o conflicto clínico, marcando como objetivo preferente el determinar u orientar cual es la mejor solución a una específica o concreta actuación médica o sanitaria.

La cuestión más relevante es que los médicos deben estar concienciados, de que tanto la ética médica y la deontología forman parte de nuestra labor y que hacer diario, y por tanto es obligado aprender a familiarizarse con una determinada metodología que sea capaz de dar soluciones a esos dilemas que muchas veces se presentan y que no se sabe cómo afrontarlos correctamente.

De ésta forma aunque consideramos que la historia clínica es un continuo, bien es cierto que cada acto médico que se refleja en la historia es un acto único e incluso en ocasiones independiente y que de él se derivan un sinfín de incertidumbres para el médico, al estar en juego diferentes y variados valores.

La historia clínica es el documento por excelencia que sirve para plasmar la relación que se establece entre el médico-paciente, donde se expresa la manifestación libre y voluntaria por parte del paciente y donde en la mayoría de las ocasiones se recogen sentimientos, emociones totalmente íntimos que reflejan como el propio paciente vive su proceso clínico. La Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial en su Declaración sobre *"Ética de la Historia Clínica"*, planteó esta Declaración con el objetivo de *"pronunciarse sobre la naturaleza ética, que no jurídica, de la historia clínica"*

En ella la Comisión Central determina que la historia clínica *"es el documento fundamental de la relación médico-paciente que contiene relatos e informaciones personales del paciente que el médico considera relevantes registrar para su atención sanitaria. El médico tiene el deber y el derecho de elaborar la historia clínica, cuya función principal y razón de existir siempre será la asistencia médica"*

El Código de Deontología Médica de 2011, establece en el artículo 19.1 que *"los actos médicos quedarán registrados en la correspondiente historia clínica"* y que *"el médico tiene el deber y el derecho de redactarla"*, lo que implica la semejante consideración tanto de precepto legal como deontológico. De esta forma, todo profesional sanitario, cada uno dentro de sus propias obligaciones y responsabilidades con respecto al proceso asistencial, tiene que hacer referencia acerca de datos referidos a la evolución del paciente así como todos los acontecimientos e incidencias que sean relevantes en el proceso asistencial. Estos datos aparte de ser veraces deben ser res-

petuosos tanto para el propio paciente como para su familia. En ningún momento se deben obviar datos o incluso falsearlos.

El médico responsable del proceso asistencial se convierte en el máximo responsable tanto de la redacción de la historia clínica como de su cumplimentación y actualización.

Pero al mismo tiempo, todos los médicos así como el resto de sanitarios, tanto cuando el acto se realiza de forma individual como cuando éste se desarrolla en equipo, están obligados a guardar y hacer guardar secreto de aquellos datos de los que pudieran ser conocedores, bien porque le fueron facilitados por el propio paciente, por otros componentes del equipo asistencial o bien tras el acceso a la historia clínica por motivos justificados, con independencia de cual fuera el grado de participación en el proceso asistencial. Es tal la confidencialidad de estos datos, que ni siquiera la muerte del enfermo le eximirá de esta obligación, teniendo siempre presente que quizás en la historia clínica es donde se recogen un mayor contenido de datos privados e íntimos que posee una persona.

Desde el punto de vista penal, el vigente Código Penal, da una especial protección al derecho a la intimidad y a la confidencialidad y así tipifica, en los artículos 415 y 416, como delito el quebrantamiento o revelación del secreto profesional, el descubrimiento de secretos, el acceso a documentos secretos cuya custodia está confiada. De esta forma impone sanciones penales muy graves, que incluyen la prisión, la multa y la inhabilitación especial para el desempeño de la profesión.

Civilmente, siempre que se incumple con una obligación debido a una conducta negligente, como sería en este caso la revelación del secreto sin que mediara consentimiento del paciente, y esta conducta conllevara un daño, se incurre en responsabilidad civil, lo que implica la obligación de reparar e indemnizar el daño que se haya ocasionado.

El Código de Deontología Médica también resulta muy taxativo en éste sentido y así el artículo 27, referido al Secreto profesional del médico indica que:

1. *“El secreto médico es uno de los pilares en los que se fundamenta la relación médico-paciente, basada en la mutua confianza, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio profesional”.*
2. *“El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica”.*
3. *“El hecho de ser médico no autoriza a conocer información confidencial de un paciente con el que no se tenga relación profesional”.*
4. *“En las instituciones sanitarias informatizadas los médicos directivos velarán por una clara separación entre la documentación clínica y la administrativa”.*

5. *“El médico no puede colaborar en ninguna base de datos sanitarios si no está garantizada la preservación de la confidencialidad de la información depositada en la misma”.*

En base lo anterior, y teniendo en cuenta la realidad y el desarrollo actual de la medicina, donde el proceso clínico de un determinado paciente, implica que no sólo los médicos conozcan y sepan datos referentes a un paciente, sino que también otros profesionales sanitarios e incluso no sanitarios son conocedores de estos datos y por ello se encuentra sometidos al propio secreto profesional, como se indicaba anteriormente.

Para establecer un cierto control de estas cuestiones, se determina que el responsable de cada acto asistencial quede identificado en la historia clínica, pues sólo él responde ética y legalmente de dicho acto. Las discrepancias diagnósticas y terapéuticas pueden y deben quedar reflejadas en la historia, pero guardando la compostura que las relaciones interprofesionales exigen y sin transformar este documento en un medio en el que se diriman diferencias técnicas, científicas o personales ajenas al caso clínico.

Estas premisas quedan encuadradas perfectamente en el propio Código de Deontología Médica, cuando en el artículo 19 reconoce que *“es deber del médico, si el paciente lo solicita, proporcionar a otros colegas los datos necesarios para completar el diagnóstico o el tratamiento, así como facilitar el examen de las pruebas realizadas”.* (art. 19.6)

Las cuestiones tan debatidas en relación tanto con la *propiedad* como el acceso a la historia clínica generan igualmente una gran problemática legal y deontológica. A éste respecto la función del médico queda perfecta y claramente reflejada en el Código de Deontología, *“El médico tiene el deber de facilitar, al paciente que lo pida, la información contenida en su historia clínica y las pruebas diagnósticas realizadas. Este derecho del paciente quedaría limitado si se presume un daño a terceras personas que aportaron confidencialmente datos en interés del paciente. Las anotaciones subjetivas que el médico introduzca en la historia clínica son de su exclusiva propiedad”.*(art. 19.5)

Por ello e íntimamente relacionado con lo anterior, cuando se trata de acceder a la historia clínica, en primer lugar hay que conocer los motivos del mismo. A éste respecto Criado del Río, establece dos grupos claramente diferenciados, ya sea con finalidad asistencial, o bien por motivos que no tienen finalidad asistencial.

De forma esquemática podemos establecer los siguientes motivos de acceso:

- a. Acceso por cuestiones asistenciales, que es el objetivo primordial de una historia clínica.
- b. Docencia e investigación: donde a partir de las historias clínicas pueden realizarse estudios e investigaciones relacionadas con la salud.
- c. Evaluación de la calidad asistencial: la historia clínica es considerada como un derecho del paciente derivado del derecho a una asistencia médica de calidad.

De ahí que su estudio y valoración permita establecer el nivel de calidad asistencial concreto que se le presta a un paciente.

- d. Administrativa: la historia clínica es elemento fundamental para el control y gestión de los servicios médicos de las instituciones sanitarias.
- e. Médico-legal: se trata de un documento médico legal de carácter público o semipúblico que se encuentra regulado por normas legales y deontológicas.

El segundo punto de interés se centra en quién tiene derecho para acceder a la historia clínica.

Desde el punto de vista legal, el acceso a la historia clínica por motivos puramente asistenciales, debe estar permitido para el **paciente**, pero del mismo modo no puede ser considerado un derecho de carácter absoluto. A éste respecto, mucho se ha debatido acerca de si es preciso entregar el historial completo o por el contrario bastaría con un resumen del mismo. La Ley 41/2002, en su artículo 18, establece el derecho del paciente al acceso a la documentación contenida en su historial clínico así como el derecho a obtener una copia de los datos que figuren en ella; quedando a cargo de los centros sanitarios la regulación de este derecho, es decir que el paciente tiene derecho a la utilización de los datos.

Siguiendo con el artículo 18 en su apartado 3, puede ser de aplicación para los casos de acceso a la historia clínica por motivos no asistenciales por parte del propio paciente, entre los que podemos citar los casos de interés judicial, aquellos que generen conflictos ante casos de separación, malos tratos, problemas familiares..., los cuales deben responder a un legítimo interés y estar debidamente razonadas los motivos. De ahí que se disponga que el derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no pueda ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas, ni en perjuicio del derecho de los profesionales que elaboran la historia, los cuales pueden oponerse al derecho de acceso a sus anotaciones subjetivas o impresiones personales, dudas, previsiones, referencias a otros casos similares.... Por todo ello, en situaciones ajenas a los motivos asistenciales es conveniente a que el juez encargado del asunto judicial solicite la historia clínica.

Con respecto a las anotaciones subjetivas, si el médico no manifiesta su negativa u oposición al acceso a sus anotaciones subjetivas, hay que entender que de forma tácita está permitiendo el acceso a esas anotaciones subjetivas. Se trata de un tema de especial envergadura y complicación y que precisa de una regulación específica, pues en cierta manera es un término o concepto jurídico impreciso.

En términos similares se manifiesta la deontología, ya que de permitir el acceso "libre", las "*interpretaciones o juicios personales del médico responsable del paciente o de otras personas (familiares o allegados) que pueden aportar determinadas opiniones al respecto podrían verse comprometidos*" como establece la propia Comisión Central de Deontología (CCD), para continuar refiriendo que "*cualquier*

comentario médico que se considere conveniente incluir en la historia clínica debe ser veraz y respetuoso tanto para el paciente como para los médicos o el personal sanitario". El actual Código de Deontología regula la situación indicando que "El acceso a la historia clínica de pacientes fallecidos solo se permitirá a personas con vinculación familiar o de hecho con el paciente, y siempre que éste no lo hubiera prohibido expresamente".(art. 19.6)

Por su parte el acceso a la historia clínica del paciente **por parte de otros médicos**, motivado por el trabajo en equipo, siguiendo lo preceptuado por el máximo órgano de la deontología médica española, la CCD, indica que "*cada actuación médica puntual está sujeta a la responsabilidad individual del médico que la realiza*". Por ello, "*todas las anotaciones que se hagan en una historia clínica tienen, inexcusablemente, que estar identificadas con el nombre y la firma del responsable que las hace*".

Si como determinábamos, en situaciones específicas, el paciente puede tener restringido el acceso a la historia clínica, con mayor fundamento se debe aplicar esta limitación a los médicos, ya que éste por el simple hecho de ser médico, no puede tener derecho al acceso a una historia clínica siempre que no se justifique o se motive en la asistencia al paciente. E incluso para otros casos, como la realización de estudios clínicos o epidemiológicos, es preceptivo el previo consentimiento del propio paciente.

En cuanto al **acceso a la historia clínica por parte de familiares del paciente**, se pueden plantear varios supuestos prácticos:

- a) que el paciente viva y esté en posesión de plena capacidad de obrar y otorgue su consentimiento, sus familiares siempre con la debida autorización por parte del paciente podrán acceder a la historia clínica con las debidas y exactas limitaciones que se establecen para el propio paciente.
- b) que el paciente viva, pero haya sido declarado judicialmente incapaz o bien que hubiese fallecido. Aún en estos casos el derecho a la intimidad del propio paciente no se pierde, por lo que tanto el médico como cualquier otro profesional sanitario tiene la obligación ética de mantener y preservar el secreto del historial clínico y, en principio, el acceso de terceras personas a la historia debe estar restringido. Aquellos que deseen acceder al historial clínico deberán motivar su petición de acceso.
- c) que el paciente haya manifestado con anterioridad su negativa al acceso de cualquier persona a su historia clínica tras su fallecimiento, esta prohibición quedará supeditada a este deseo, siempre que se compruebe su certeza o veracidad.
- d) y en el último supuesto que se plantea cabe la posibilidad de que un tercero solicite información o datos contenidos en la historia clínica, mediante la jus-

tificación de que en ella existen datos relevantes para su propia salud. En estos casos se le ha de facilitar exclusivamente la información necesaria, pero no podrá tener acceso directo a la historia.

En circunstancias de **investigación judicial**, los jueces igualmente pueden requerir la remisión de una historia clínica al tratarse de un elemento de prueba fundamental en los asuntos relativos al orden penal, aunque considero que la solicitud, aportación e incorporación de los datos contenidos en la historia clínica deben regirse por los principios de necesidad, proporcionalidad y relevancia. En estos casos existe el deber deontológico de entregarla, a la vez que el deber legal igualmente obliga bajo pena de incurrir en un delito de desobediencia aunque también el de vulneración de datos de carácter personal. No podemos olvidar que en el ámbito judicial en general, corresponde al juez o tribunal valorar la necesidad de la aportación probatoria, así como adoptar las medidas de investigación que sean necesarias para la investigación del delito, como queda establecido tanto por la ley de enjuiciamiento civil como criminal, respectivamente.

De este modo, la regulación se encuentra contenida en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, donde se establece específicamente la vulneración de los datos de carácter reservado, considerándose como delito el simple acceso no autorizado por cualquier medio a archivos o registros que contengan datos personales de carácter reservado. Bien es cierto que la aplicación de esta normativa viene condicionada por la necesidad de acreditar dos extremos, como son el carácter voluntario de la conducta infractora y la plena identificación del autor.

En una investigación judicial, casi nunca se requiere la totalidad de la historia, sino más bien alguna parte concreta de la misma. En estos casos que resultan ser bastante frecuentes en la práctica diaria, el médico debe dirigirse al juez instructor para hacerle conocedor de que en ella hay datos que, resultan irrelevantes para el asunto que se está investigando y orientando por ello que al tratarse de datos que afectan a la esfera de la intimidad del paciente sería oportuno a la vez que deontológico separarlos del resto de la historia. Si esta consideración no es atendida por el juez, será éste el que se convierta en máximo garante de la custodia y la preservación de los datos allí contenidos y de esta manera del mantenimiento del secreto.

Cuestión totalmente diferente es la que se genera en los procedimientos no penales (ámbito del derecho civil o contencioso administrativo), donde no está plenamente justificado el acceso por parte de la autoridad judicial, a la correspondiente historia clínica, de una forma completa. En estos casos, el médico debe solicitar que se le concreten aquellos datos de la historia que son de interés para el asunto judicial y esperar a que se le de respuesta a tal solicitud.

En estos casos, caber recordar que el incumplimiento de la obligación de confidencialidad de los datos sanitarios se considera como daño moral y por tanto conlleva

el carácter pecuniario o indemnizatorio, el cual se puede hacer efectivo a través de las vías de reclamación correspondientes, bien sea la vía civil para aquellos casos en que el daño sea producido por un sujeto privado, así como la vía patrimonial o administrativa cuando las actuaciones sean atribuibles o imputables al funcionamiento de servicios o instituciones públicas.

A éste respecto la propia Comisión Central estima *"lógico que puedan ordenar el secuestro cuando constituya un elemento de prueba de un acto presuntamente delictivo"*. Sin embargo, matiza que *"en otros muchos procedimientos no penales no está justificado el acceso judicial a la historia clínica completa"*. Por este motivo los tribunales *"deberían motivar su requerimiento y precisar qué elementos concretos son de su interés"*.

Y en cuanto a la **conservación** de la historia clínica igualmente es objeto de tratamiento deontológico y legal.

Deontológicamente, aunque se indica que el objetivo fundamental de la historia clínica, es el de tipo asistencial, se consideran otras circunstancias susceptibles de conservación. Del mismo modo la propia Comisión Central de Deontología indica con respecto al tiempo de conservación que *"parece razonable que se conserve como mínimo veinte años después de la muerte del paciente"*. La Comisión es consciente de que *"este tiempo de conservación implicaría disponer de enormes archivos para su mantenimiento, por lo que habrían de arbitrarse medidas que permitieran almacenar en soporte informático todos los datos"*.

En este sentido, los Colegios de médicos, han desarrollado iniciativas para dar solución a la actividad profesional privada de sus colegiados, posibilitando la organización de un servicio de digitalización de las historias clínicas que hasta ese momento se almacenaban en soporte papel, y eliminado así el principal problema que se generaba que no era otro que el del espacio. De esta manera se da cumplimiento a lo determinado en las diferentes legislaciones autonómicas que regulan el tema de la conservación de las historias clínicas, cumpliendo estrictamente con la LOPD.

El Código de Deontología establece al respecto que *"el médico y, en su caso, la institución para la que trabaja, están obligados a conservar la historia clínica y los elementos materiales de diagnóstico, mientras que se considere favorable para el paciente y, en todo caso, durante el tiempo que dispone la legislación vigente estatal y autonómica. Es muy recomendable que el responsable de un servicio de documentación clínica sea un médico"*. (art. 19.3)

En cuanto a la conservación en el ámbito privado, cuando el médico cesa en el ejercicio individual, puede transferir las historias clínicas al médico que se haga cargo de los referidos pacientes, previo consentimiento de estos. Podrá destruir las restantes historias clínicas, de acuerdo con lo que establezca la normativa vigente en la comunidad autónoma en la que ejerza su actividad profesional o, en su defecto, entregarlas al correspondiente Colegio Oficial de Médicos, como queda recogido en

el Código *“Cuando un médico cesa en su trabajo privado, las historias clínicas se pondrán a disposición de los pacientes que lo soliciten para que éstos puedan aportarlas al médico al que encomienden su continuidad asistencial. En caso de duda deberá consultar a su Colegio”*.(artículo 19.4)

Legalmente, las previsiones específicas que se recogen en el Capítulo V de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que la documentación contenida en la historia clínica pueda ser conservada en otro soporte distinto del original, siempre que quede preservada su autenticidad, seguridad e integridad, ya que conforme el artículo 14.2 *“cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información”*. Por tanto la digitalización de este tipo de documentación no solo es lícita y sencilla en su realización, pero que además garantiza la seguridad y confidencialidad de la información mucho mejor que los medios tradicionales y puede ser una solución para ahorrar el papel y espacio en las clínicas y centros de salud.

En relación a los plazos de conservación, el artículo 17.1 de la misma Ley, dispone que *“los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial”*.

En consecuencia, la Ley obliga a conservar los datos de la historia clínica incluso con posterioridad al alta del paciente o al último episodio asistencial, durante el tiempo adecuado para la debida asistencia sanitaria del mismo y, como mínimo, durante cinco años desde cada fecha de alta. La determinación del período de conservación de la información contenida en la misma, sería a criterio del personal sanitario competente respetando en todo caso el plazo mínimo citado.

Con posterioridad, la legislación de Extremadura (ley 3/2005, de 8 de julio), sobre información sanitaria y autonomía del paciente, en su Artículo 34, establecía: 1. Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación obrante en la historia clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento, confidencialidad y seguridad, para la debida atención al paciente, durante al menos quince años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.

2. En cualquier caso la conservación de la documentación clínica deberá garantizar la preservación de la información y no necesariamente del soporte original.

3. Se conservará indefinidamente aquella información que se considere relevante a efectos preventivos, epidemiológicos, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. En tales casos, siempre que sea compatible con los fines perseguidos, se despersonalizarán los datos al objeto de

impedir la identificación directa o indirecta de los sujetos implicados. La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. 4. Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada que refleje, con las secuencias necesarias en el tiempo, la evolución del proceso asistencial del paciente".

REFERENCIAS LEGISLATIVAS:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Boletín Oficial del Estado número 298 de 14 de diciembre de 1999.

Ley 3/2005, de 8 de julio, sobre información sanitaria y autonomía del paciente. Diario Oficial de Extremadura, número 82 de 16 de julio de 2005.

Código Civil español (Aprobado por R.D. del 24 de julio de 1.889)

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Boletín Oficial del Estado núm. 167, de 14 de julio de 1998.

Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre Ética de la Historia Clínica de la O.M.C., 2003.

Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial aprobado el 9 de julio de 2011.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Ataz López J. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Montecorvo, 1985.

Bueres A. J., "Responsabilidad civil de los médicos", t. 1 p. 162, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1992.

Casado Blanco M.: Historia Clínica (adaptada a la legislación de la Comunidad Autónoma de Extremadura). Fundesalud, Cáceres, 2012.

Criado del Río M.T.: Aspectos Médico-Legales de la Historia Clínica. 1999. Colex. Madrid.

Fernández Costales J. "El contrato de servicios médicos", p. 197, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

Fernández Hierro JM. Responsabilidad civil médico-sanitaria. Pamplona: Aranzadi, 1983.

López-Muñoz y Larraz G. Defensa en las negligencias médicas Madrid: Dykinson, 1991.

Llamas Pombo E . La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trivium, 1988.

Medina Castellano C. La protección de datos sanitarios. Recogida, acceso y comunicación de datos a la luz de la Ley Orgánica 15/1999 y de la Ley 41/2002. Comunicación libre presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28- 30 de octubre de 2004.

Tejero Álvarez, M.: Documentación Clínica y Archivo. Madrid: Díaz de Santos; 2004.

Romeo Casabona CM. El médico y el derecho penal 1. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch, 1981.

Romeo CasabonaC M. El médico ante el Derecho. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo 1986.

EL DAÑO Y SU INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Raquel Murillo Solís

Abogada. Subdirectora General de AMA

INTRODUCCIÓN

El interés por la información que se debe facilitar a un paciente y por los efectos de la misma sobre el enfermo se remonta a la antigüedad. (Época del filósofo Aristóteles)

Más de 2.300 años después, *el consentimiento informado se configura* como el núcleo del derecho de los pacientes a que se respete su autonomía, y constituye una de las principales causas de condena contra los profesionales sanitarios. No solo se erige como un derecho de todos los pacientes, sino que desde otra vertiente, la del deber de informar, se constituye como una *obligación ética esencial de todo profesional*.

Todos los profesionales sanitarios son conscientes de que el consentimiento informado se ha convertido en uno de los ejes fundamentales de la relación médico-paciente y *en una de las cuestiones esenciales a la hora de ejercer la profesión con seguridad jurídica*.

El objeto de esta ponencia es explicar cómo se configura en la actualidad la relación entre la falta de consentimiento informado y la existencia de un daño derivado de la asistencia sanitaria, sobre todo a la hora de fijar las correspondientes indemnizaciones.

Pero antes de nada, veamos cuál ha sido la evolución histórica de la cuestión y sobre qué principios se funda, porque nos puede ayudar a entender cuáles son los intereses en juego cuando consideramos el consentimiento informado un derecho esencial de los pacientes.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Una forma de analizar la evolución del consentimiento informado a lo largo de la historia, es tomando como referencia la evolución de los principios éticos aceptados y aplicados en cada momento.

Los orígenes de la medicina.

Es lógico pensar, como apunta Bernar, que desde que existe la medicina, la relación médico-paciente ha estado influida en cierta medida por el consentimiento informado, toda vez que el paciente se ponía en manos del médico para intentar curar una dolencia, y se establecía entre ellos una relación presidida, en mayor o menor medida, por la confianza.

En los orígenes de la medicina, la información al paciente carecía de objeto porque el propio médico desconocía por completo los mecanismos subyacentes a su arte. A medida que la medicina evolucionaba, los médicos fueron comprendiendo los mecanismos de curación de las enfermedades, pero tampoco se podía hablar de procesos de información porque los pacientes eran completamente ajenos a la ciencia médica.

Beneficencia y no maleficencia como principios originales de la ética médica. Desde el comienzo de las escuelas de medicina hasta el siglo XVIII.

Durante el desarrollo de las primeras escuelas de medicina en Grecia, parece que quedaron definidos dos de los principios esenciales de la ética médica, el de beneficencia y el de no maleficencia.

La medicina se basaba en actuar en el mejor interés del paciente, absteniéndose de realizar acciones que le pudieran hacer daño, sin que la noción de consentimiento informado resulte relevante.

El comienzo del cambio. De finales del siglo XVIII hasta la Segunda Guerra Mundial. El surgimiento del principio de Autonomía.

Con la Ilustración se producen dos acontecimientos que influyen decisivamente en la evolución del consentimiento informado en medicina. De un lado, *el conocimiento científico se universaliza*, de otro, *los derechos del hombre pasan al primer plano del debate jurídico*. El concepto de dignidad del hombre propicia que se comience a considerar la autonomía personal como un derecho esencial del ser humano.

La relación médico paciente sigue basada en los dos principios clásicos, y se siguen fundando en la incapacidad del enfermo de comprender los misterios de la ciencia médica, pero se han sentado, de manera definitiva, las bases para que esta situación cambie, sucediéndose uno tras otro, acontecimientos en este sentido.

Lo anterior no significa la consolidación del principio de Autonomía, sino la constatación de que los médicos asumen que la información facilitada al paciente influye en el proceso curativo. Seguimos por tanto instalados en la medicina paternalista fundada sobre el principio de beneficencia.

No obstante, a principios del siglo XX, descubrimos en la jurisprudencia los inicios de una nueva forma de entender la relación médico paciente y el proceso de consentimiento. En 1914, en el caso conocido como *Schloendorff v. Society, of New York Hospital*, una paciente solicitó una indemnización porque se le había realizado la extirpación de un tumor abdominal cuando ella solo había autorizado la realización de una laparotomía exploradora para diagnosticar su malignidad. El juez estimó la demanda, recogiendo en la sentencia que: *"Todo ser humano adulto y con plenas facultades mentales tiene derecho a determinar lo que se va a hacer con su propio cuerpo, y un cirujano que realice una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión a la persona, siendo responsable de los daños que origine"*.

Desde la Postguerra Mundial hasta nuestros días. La consolidación y consagración del principio de Autonomía.

La consolidación del principio de autonomía, y del consentimiento informado como máxima expresión de este en el ámbito médico, se produjo tras la Segunda Guerra Mundial.

En 1947, al celebrarse los juicios de Nuremberg, en los que entre otras cosas se juzgaron los experimentos médicos realizados por los nazis en Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y en los campos de concentración, se establecieron una serie de reglas para la investigación médica

Al mismo tiempo que el consentimiento voluntario se recogía positivamente, el paternalismo médico basado en un evidente abuso del principio de beneficencia seguía siendo la norma imperante.

En 1950, Gregorio Marañón afirmaba en su ensayo *Crítica de la Medicina Dogmática*: “la pedantería científicista manifiéstase también, en muchos médicos actuales, en el afán de informar a sus pacientes de los detalles de sus enfermedades, moda muy americana y, a mi juicio, absolutamente reprobable. Algunos no se contentan con detallar el diagnóstico y añaden todos los posibles peligros y sus complicaciones inherentes [...].”

No solo eran los médicos americanos los que se apuntaban a la moda de informar a los pacientes, sino también sus jueces y tribunales iban a empezar a hacerlo. En 1957, en el caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, por primera vez en la historia, un tribunal condenó a indemnizar a una paciente por no haber sido informada adecuadamente de los riesgos del procedimiento médico que la dejó parapléjica.

En palabras de Katz, con esta sentencia se ponía fin a un silencio de más de 2.000 años, ya que hasta entonces eran los médicos los que hablaban por los pacientes.

A partir de ese momento, el consentimiento informado se ha consagrado en las legislaciones de los países de nuestro entorno, y se han sucedido las sentencias que lo han reconocido como un derecho legal con plena reparación jurídica si no se proporcionó adecuadamente al paciente.

Parece por tanto que el principio de autonomía se ha terminado imponiendo sobre el principio de beneficencia, y que la expresión de esta nueva jerarquía de principios éticos es el reconocimiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado, que quedó definido en el Manual de Ética del Colegio Americano de Médicos, de 1984, de la siguiente forma:

“El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada, la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente”.

EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA

En nuestro país encontramos una primera referencia al consentimiento en el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, de 7 de julio de 1972.

Pero es en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la que por vez primera, se regula con rango de ley la exigencia del consentimiento informado. Esta norma supone el paso de un sistema paternalista, a un sistema en el que el eje central alrededor del cual gira todo es el paciente, al cual se le dota de auténticos derechos.

En el artículo 10 de la citada Ley, se señala que todos los usuarios tienen derecho a: *“6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención.....”*

El 16 de mayo del 2003 entró en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (LAP). La citada Ley profundiza en los derechos de los pacientes, regulando de forma más exhaustiva todo lo concerniente al consentimiento informado.

Podemos afirmar por tanto que el principio de autonomía se ha consolidado en nuestro país, que el consentimiento informado ha adquirido normativamente la condición de auténtico derecho de los pacientes.

Es más, nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de marzo de 2011, ha considerado que el consentimiento informado forma parte del derecho a la integridad física y moral contenido en el artículo 15.1 de la Constitución Española, y que por tanto, se configura como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral.

Así las cosas, surge una pregunta de gran relevancia sobre la aplicación práctica del derecho al consentimiento informado*

¿Cabe exigir algún tipo de compensación o reparación en aquellos casos en que se considere que no ha existido consentimiento informado válido?

Vamos a proceder a analizar el estado actual de la cuestión.

FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DAÑO SANITARIO ¿QUÉ Y CÓMO SE INDEMNIZA?

Como acabamos de comentar, resulta indudable que nuestra legislación configura un auténtico derecho al consentimiento informado, pero queremos ir más lejos y conocer si este derecho tiene aplicación práctica en el campo de la responsabilidad civil profesional, y si es así, con qué alcance.

Vamos a analizar la cuestión desde una perspectiva práctica de cara a facilitar su comprensión. Partiremos de un supuesto general, para centrarnos en el análisis de los distintos escenarios que pueden plantearse al concretar ese supuesto general.

El supuesto general es este:

Imaginemos un paciente que acude a la consulta de un traumatólogo refiriendo sintomatología lumbar. El traumatólogo tras realizar la oportuna exploración y solicitar pruebas complementarias de diagnóstico por imagen le indica al paciente que debe someterse a una intervención quirúrgica para curar su dolencia. El paciente se somete a la intervención sin que exista consentimiento informado válido (por inexistencia o insuficiencia).

A.-Suponemos que la intervención fue un rotundo éxito y que el paciente se recuperó completamente.

En este primer supuesto, como de la *intervención no se ha derivado ningún daño, no existirá responsabilidad civil, con independencia de la información que recibiera.*

En este sentido, cabría oponer que pudiera existir un daño moral autónomo, consistente en la vulneración de la autonomía de la voluntad del paciente, pero esta opción ha sido contemplada únicamente por una parte de la jurisprudencia minoritaria.

La postura del Tribunal Supremo (Salas 1ª y 3ª), es la establecida en la Sentencia de la Sala 1ª, de 27 de septiembre de 2001, cuyo texto dice: “señalar que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en que pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo, además de que no se da la exigencia informativa en el ámbito para el que se invoca”. Con mayor rotundidad aún se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2008: “La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil”.

Como curiosidad, y antes de terminar el análisis de esta cuestión podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, en la que se recoge la siguiente argumentación:

“La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo.....según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”

La particularidad de esta sentencia estriba en que el supuesto de hecho es distinto al habitual. En ese caso, resulta que el paciente fue operado de otra cosa distinta a la que motivó su entrada en quirófano (se le operaron zonas anatómicas de la rodilla distintas al menisco, que era el único objeto de la intervención y que se comprobó que estaba en buen estado), lo que supone que ni siquiera podamos hablar de un consentimiento tácito básico. No parecen hechos comparables entrar por propia voluntad en un quirófano para someterse a una intervención de implantación de prótesis de cadera con poca información sobre los riesgos de la misma, que someterse a una intervención quirúrgica de la que uno ni siquiera había oído hablar. Lo anterior parece ser la causa de que en ese caso concreto el *Tribunal indemnizar un daño moral autónomo con independencia de la inexistencia de daño corporal derivado de la actuación.*

B.-Suponemos que tras la intervención el paciente quedó postrado en una silla de ruedas.

1.-*La complicación causante del daño no guarda relación alguna con la actuación del COT, dado que fue de origen anestésico, habiendo sido informado adecuadamente de esta posibilidad por el Anestesta en el correspondiente documento de consentimiento informado para la anestesia.*

En este supuesto, dado que no existe relación causal entre la actuación del COT y el daño sufrido por el paciente, tampoco existiría responsabilidad civil.

Lo mismo ocurriría sin por ejemplo el origen de la complicación fuera un corte en el suministro eléctrico derivado de un sabotaje. La imprevisibilidad del riesgo rompería por completo el nexo causal entre la actuación del COT y el daño.

2.- *El daño es consecuencia de la intervención (una fibrosis), y la actuación del COT se ajustó a la lex artis ad hoc.*

La mayor parte de la jurisprudencia estima que el paciente debe ser indemnizado por haber sufrido un daño como consecuencia de una actuación sanitaria de la que no fue informado. Por tanto, existirá responsabilidad civil o en su caso, responsabilidad patrimonial.

Lo interesante viene a continuación. Sabiendo que se debe indemnizar al paciente, tenemos que decidir cómo.

Es en este punto en el que encontramos más variedad de alternativas a la hora de cuantificar el daño. Las respuestas jurisprudenciales son sumamente variadas, pero pueden agruparse principalmente en tres grandes grupos, tal y como hace la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012:

2.1-Indemnizar al paciente por los totales perjuicios causados conforme a los criterios generales.

Esto supondría indemnizarle equiparando la ausencia de información con mal praxis.

Aunque esta solución no es infrecuente en las resoluciones de Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, sí que lo es en las resoluciones del Tribunal Supremo, las cuales no la secundan.

2.2-Indemnizar el daño con el alcance propio del daño moral, en razón de la gravedad de la intervención, de sus riesgos y de las circunstancias del paciente.

Esta solución, tal y como recoge la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2012, se basa en el rechazo de aquellos que *“pretenden que la omisión o deficiencia del deber de información al paciente constituye la misma e indiferenciada infracción de la lex artis que la resultante por la prestación defectuosa de la terapéutica”*.

Por lo anterior, continúa la sentencia, *“hemos declarado (...) que la aceptación de la inexistencia del mismo (del consentimiento informado) otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida”*.

Esta forma de entender e indemnizar la ausencia de consentimiento informado en los casos en que de la actuación sanitaria se ha derivado un daño, es la que mantiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

2.3.-Indemnizar por la pérdida de oportunidades o expectativas, en las que no se identifica la indemnización necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada o posibilidades de fracaso).

En nuestro supuesto por ejemplo, circunstancias tales como el hecho de que el paciente fuera subsidiario de tratamiento conservador, que su patología no estuviera más que en su fase inicial, o que existieran altas posibilidades de fracaso, incrementarían mucho la indemnización a conceder finalmente siguiendo los criterios expuestos, lo que la acercaría mucho a la valoración íntegra del daño corporal.

En cambio, si las circunstancias fueran las contrarias, la valoración íntegra del daño corporal se vería fuertemente reducida porque la pérdida de expectativas sería pequeña.

Esta forma de indemnizar la ausencia de consentimiento informado es la que actualmente sigue la *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*, siendo un buen exponente la sentencia a la que estamos haciendo referencia, de *16 de enero de 2012*, en la cual se casa una sentencia de apelación que había indemnizado la ausencia de consentimiento informado por el valor íntegro del daño acreditado.

En la sentencia se explica que la sentencia apelada *“hace coincidir el daño que indemniza, con las graves secuelas que resultaron de la intervención a que fue sometido el demandante, como si las hubiera causado directamente el médico por una deficiente actuación médico-quirúrgica. Es cierto que existió una intervención quirúrgica y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la misma y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia en este aspecto, como tampoco de una intervención en la que pueda valorarse como relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés. El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendidas las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, si era clínicamente aconsejable en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo.*

En definitiva, existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el pa-

ciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Ello exige una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente-médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma; todo lo cual permite cuantificar la indemnización en [...]”

Conclusiones sobre la indemnización de daños sanitarios en caso de ausencia de consentimiento informado en los que no se acredita mala praxis.

Como hemos podido ver, la Jurisprudencia mayoritaria entiende que la ausencia de consentimiento informado solo genera responsabilidad cuando de la asistencia sanitaria se deriva un daño. En esos casos, si no concurre mala praxis, la cuantificación del daño admite distintas aproximaciones.

De las posibilidades existentes, nuestros tribunales son contrarios a la que contempla la posibilidad de indemnizar íntegramente el daño sufrido por el paciente, al considerar que no pueden igualarse las situaciones en las que el profesional ha actuado con buena praxis a aquellas en las que esto no ha ocurrido.

Descartada esa posibilidad, nuestros tribunales optan en la actualidad por dos vías distintas:

Una es la que sigue la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que consiste en considerar que de la ausencia de consentimiento informado se ha derivado un daño moral, independiente del daño corporal y que trae causa de la vulneración del principio de autonomía y de autodeterminación del paciente. Ese daño moral de modulará en función de la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente.

La otra es la que sigue la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y consiste en indemnizar la pérdida de oportunidades o de expectativas del paciente, atendiendo a la incertidumbre causal sobre el resultado final, la cual se verá afectada por numerosas circunstancias.

LA EXPERIENCIA JUDICIAL DE A.M.A.

En A.M.A. comenzamos nuestra andadura dentro del aseguramiento de la responsabilidad profesional sanitaria en el año 1995, y desde entonces hemos podido contemplar la enorme importancia que han cobrado la información y el consentimiento informado en el ámbito del derecho sanitario.

La experiencia acumulada a lo largo de estos 18 años, ha supuesto conocer miles de reclamaciones y procedimientos judiciales, de los cuales podemos extraer algunas consideraciones en lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, la falta de consentimiento informado y la cuantificación del daño derivado de esta circunstancia:

Actualmente, la gran mayoría de las reclamaciones que reciben los profesionales sanitarios tienen como causa (única o concurrente) la ausencia o deficiencia de información, mientras que hace unos años las reclamaciones se centraban más en aspectos científicos y técnicos (praxis profesional).

La utilización de documentos de consentimiento informado por parte de los profesionales se ha convertido en práctica habitual, resultando extraños los casos en que no se realiza una actuación quirúrgica o de riesgo sin que el paciente firme el correspondiente documento de consentimiento informado.

A pesar de lo anterior, se han incrementado exponencialmente las condenas por ausencia o insuficiencia de información y de consentimiento informado.

En la actualidad, los tribunales están exigiendo una información absolutamente detallada en aquellos actos que tienen connotaciones de medicina de resultado (intervenciones de cirugía plástica no reparadora por ejemplo). La exigencia de detalle llega en ocasiones hasta riesgos de bajo porcentaje de aparición, siendo el déficit de información la principal causa de condena en estos casos.

A la hora de indemnizar el daño, si bien como hemos visto las Salas del Tribunal Supremo tienen asentados sus criterios, no ocurre lo mismo con los Juzgados y Tribunales de menor rango. La jurisprudencia de primera instancia es bastante dispar, pudiendo encontrar diferentes maneras de cuantificación del daño en casos de ausencia de consentimiento.

Las consideraciones anteriores nos permiten realizar una serie de recomendaciones basadas en nuestra experiencia en la defensa de los profesionales sanitarios:

El profesional debe interiorizar que la obligación de informar al paciente y de recabar su consentimiento informado no constituye un simple trámite, sino que es un deber ético y legal que afecta de forma esencial a la relación médico-paciente, que asegura el respeto de la autonomía de cada persona.

El proceso de información no debe circunscribirse a la firma del documento de consentimiento informado, sino que deberá desarrollarse de manera progresiva, resultando fundamental la comunicación verbal que debe presidir toda relación médico paciente.

Para cualquier tipo de intervención quirúrgica, incluidas las odontológicas, es imprescindible contar con un documento de consentimiento informado que recoja de forma completa el acto que se propone, las alternativas existentes, los riesgos inherentes al procedimiento y los riesgos personales y específicos del paciente concreto que lo debe firmar.

Por último, termino mi intervención, mostrándoles una parte del texto de una muy reciente sentencia dictada por un Juzgado de 1º Instancia, que aborda e interpreta la información y el consentimiento informado, de una forma que realmente merece la pena transcribir:

“El médico no ha de inducir o convencer al paciente de la opción a tomar. El actor y su esposa parecen querer exigir del facultativo que se ponga en su lugar (algo así como “usted en mi lugar ¿qué haría?”), que tome una decisión que a ellos atañe, difícil ciertamente, pero de su exclusiva competencia. El facultativo informa y el paciente opta, sopesando las ventajas e inconvenientes. El médico ha de practicar la neutralidad de la decisión y la profusión en la información. Y es que si se ha reclamado hasta la saciedad de la autonomía del paciente, haciendo de este principio una nueva bandera en la relación médico-paciente, y renegado del paternalismo clásico, tal ha de ser una libertad informada pero no tutelada, vigilada o condicionada, y de cuyo ejercicio se hace responsable el paciente. Adviértase, finalmente que si el facultativo indujere o doblegara la voluntad del paciente, y la prueba de amniocentesis produjere el aborto, no es de descartar una demanda de responsabilidad civil”. (Sentencia Juzgado de 1ª Instancia de A Coruña de 9 de abril de 2013)

“EJERCICIO Y RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO”

**RESPONSABILIDAD PERSONAL
DEL MÉDICO /RESPONSABILIDAD
DEL SISTEMA SANITARIO**

José María Segura Grau

Magistrado. Sala de Lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA, FUNDAMENTO Y NORMATIVA APLICABLE

Dice el artículo 1902 del Código Civil que *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*. Este artículo constituye la base de la institución de la responsabilidad extracontractual y determina la obligación de cualquier persona, física o jurídica, de indemnizar a otro los daños que éste haya sufrido como consecuencia de la conducta de aquel.

Al igual que los particulares, la Administración, como sujeto de derecho que realiza actuaciones en distintos ámbitos, puede generar perjuicios como consecuencia de dicha actuación, lo que determinará la obligación de resarcir de éstos a quien se haya visto perjudicado. Este principio general, que en la actualidad puede considerarse totalmente asumido, es aceptado desde fechas relativamente recientes. En la esfera del Derecho Público, a diferencia del Derecho Privado, la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano –o, más tarde, por el Estado propiamente dicho– por los daños resultantes de la actuación de sus agentes era negada bajo la premisa formulada por los juristas anglosajones, pero asumida por todo el mundo occidental, según la cual *the King can do no wrong* (el rey no puede hacer ilícito). Principio que, lejos de desaparecer con la caída del Antiguo Régimen, se vio incluso potenciado hasta bien entrado el siglo XX. La solución trataba de buscarse a través de distintas vías. Por ejemplo, la fórmula inglesa de que la Administración designara libremente la persona del funcionario que debía asumir en el proceso la condición de demandado, respaldándole económicamente en caso de condena. O la exigencia de autorización previa para demandar civilmente al funcionario, y que el Consejo de Estado francés acostumbraba a negar salvo en caso de existencia de una falta personal del agente. Lo cual terminó evolucionando en la exigencia de responsabilidad del Estado cuando el daño, aún imputable a título de negligencia o error, entra dentro de los hábitos del servicio y es inseparable al mismo. Evolución que culmina, como expone la doctrina, en el famoso *Arret Blanco* del Consejo de Estado francés.

En España, la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 consagra definitivamente la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos más amplios. Su artículo 121 tiene un alcance que se extiende a todas las esferas administrativas. Posteriormente se ve perfeccionada por el Reglamento de Expropiación Forzosa y por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

En la actualidad, la responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base, además de en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, de modo específico, en el art. 106.2 CE, que señala que *"los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*.

El artículo 139.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incluye también, al igual que la LEF, la expresión de funcionamiento "normal o anormal", así como la exigencia de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra, como al principio se apuntaba, en que si ésta, como sujeto de derecho que interviene asiduamente en distintas esferas de la actividad, realiza actuaciones susceptibles de producir perjuicios, los afectados deben poder exigir las correspondientes compensaciones, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. Es decir, la Administración actúa en aras del interés general, en beneficio de la colectividad; por ello, en caso de una actuación generadora de daños, lógico es considerar que éstos deben ser asumidos también por la sociedad en su conjunto.

Es por todo lo expuesto que la esencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra, no en la actuación realizada y en el grado de culpabilidad del agente, como sucede en la esfera privada, sino en el resultado producido, configurándose la responsabilidad como una responsabilidad objetiva. Como ha señalado nuestra jurisprudencia, esta responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (por todas SSTs, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999), aunque, como se expone en esta última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

No obstante, en un primer momento se produjeron ciertos excesos en la declaración de responsabilidad patrimonial que llegó a deformar la esencia misma de esta institución. Estos excesos adquirieron especial relieve precisamente en el ámbito de la sanidad, donde cualquier daño ocasionado al paciente era susceptible de generar el reconocimiento de una indemnización –existencia de daño, funcionamiento de un servicio público, aunque fuera normal-. Hasta tal punto que ilustres administrativistas criticaron abiertamente la interpretación que se hacía respecto del alcance de esta declaración de responsabilidad. Se dijo que el sistema había derivado en una especie de aseguramiento colectivo. Como denunciaba Pantaleón, más que responsabilidad patrimonial cabía hablar de seguridad social.

Esta deriva provocó rápidamente la presentación de múltiples reclamaciones contra las Administraciones Públicas que evidenciaron un posible colapso y la quiebra de los servicios públicos a los que se exigiera indemnizar cualquier tipo de daño. Se puso de relieve la necesidad de interpretar con cautela y prudencia los presupuestos exigidos para declarar la responsabilidad de la Administración y evitar, por tanto, considerar a ésta como una aseguradora universal.

Esta la situación en que actualmente nos encontramos donde, si bien se sigue partiendo de una responsabilidad objetiva o del daño, la mera existencia de éste no genera automáticamente el reconocimiento de una indemnización, sino que es exigible que el daño se califique como antijurídico, en el sentido de que el particular no tenga la obligación jurídica de soportarlo.

A efectos normativos, la regulación de esta institución, partiendo del mandato recogido en el artículo 106.2 de la Constitución antes citado, se hace por norma con rango de Ley, siendo competencia reservada al Estado por imperativo de la regla nº 18 del artículo 149.1 de la CE, que declara como competencia exclusiva del Estado *"el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas"*. Por tanto, todas ellas se rigen por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que lo regula en su Título X, artículos 139 y siguientes, parcialmente reformados por la Ley de 13 de enero de 1999 y completada por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Por otro lado, la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Públicas es exclusiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como se especifica por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 9.4) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuyo artículo 2.e) se dispone que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con *"la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad"*.

II. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.-

La Ley de Procedimiento Administrativo Común no concreta los presupuestos necesarios para la declaración de existencia de responsabilidad patrimonial. Esta enumeración sí se ha hecho, por el contrario, en sede judicial, de forma reiterada y constante, con el Tribunal Supremo a la cabeza.

La jurisprudencia ha precisado que, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- 1- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servi-

cios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

- 3- Ausencia de fuerza mayor.
- 4- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.
- 5- Por último, como requisito procedimental, la exigencia de efectuar la reclamación en el plazo de un año desde el evento dañoso o desde su manifestación.

A) Lesión patrimonial

Según el artículo 139 de la Ley 30/1992, el daño habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El concepto de lesión se convierte, como antes se ha dicho, en la verdadera piedra angular del sistema. En primer lugar, el concepto de lesión difiere sustancialmente del concepto simple y vulgar de perjuicio, tal y como explica GARCÍA DE ENTERRÍA. Mientras el perjuicio, en un sentido puramente económico, se entiende como un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera, la lesión es algo más. No basta con que exista un perjuicio material sino que, además, es imprescindible que ese perjuicio sea antijurídico. Sobre este punto haremos hincapié más adelante.

1- Efectividad del daño

Siguiendo la enumeración que hace el artículo 139, la primera exigencia es que el daño sea efectivo. Es decir, el daño debe ser real, no hipotético. No puede pretenderse la indemnización de daños futuros o hipotéticos o la pérdida de ganancias futuras dejadas de percibir o que fueran esperadas. Así lo señala el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de 30 de noviembre de 2005, recurso 5965/2001. Igualmente sucede con el denominado lucro cesante, que exige *"demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas"* (STS 22 de febrero de 2006, recurso 1761/2002). Como recuerda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010, recurso 1863/2008, *"Reiterada jurisprudencia (sentencia de 23 de marzo de 2009, recurso de casación 412/2006, FJ 2º) continua proclamando que el daño ha de ser actual y efectivo, no hipotético (sentencia de 24 de febrero de 1994, recurso de apelación 9267/90) por lo que no caben meras especulaciones o expectativas (sentencia de 25 de noviembre de 1995)"*.

Nuestros Tribunales son muy cautos a la hora de estimar pretensiones indemnizatorias por estos conceptos, exigiendo una prueba clara y concluyente de la existencia del daño, prueba que corresponde a quien lo alega (STS de 9 de diciembre de 2008, recurso 6580/2004). No obstante, ello no quiere decir que no puedan tenerse en cuenta para determinar el daño concreto más que las lesiones anteriores y actuales, sino también que se incluyan las futuras si bien con el apoyo probatorio correspondiente. En la STS de 21 de diciembre de 2012, recurso 5521/2010, dispone que *"Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o restitutio in integrum –así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008).*

Un caso particular lo encontramos en los supuestos de nacimiento de hijos no deseados. En relación con la acreditación de daño conviene hacer las siguientes consideraciones. La doctrina básica se halla recogida en la sentencia de 28 de septiembre de 2000 (reproducida posteriormente en otras como la Sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso 4936/2004). El Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones:

- 1- Parte de una premisa fundamental, y es considerar que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida.
- 2- Tampoco constituye un daño moral –*"nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad"*, dice el Alto Tribunal-.
- 3- Podría existir un daño moral si se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma, dignidad que constituye un valor jurídicamente protegido, (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985).
- 4- Asimismo, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres.

- 5- Daño emergente podrá considerarse cuando el nacimiento del menor conlleva una carga económica muy superior a la ordinaria (caso, por ejemplo, de los niños con Síndrome de Down, SSTS de 30 de junio de 2006, 4 de noviembre de 2005 y 16 de octubre de 2007).
- 6- Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en sentencia de 28 de febrero de 2012, recurso de apelación 6/2012, examinaba el supuesto siguiente: la reclamación de la demandante fundada en la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Ginecología del Hospital de Coria, por haber proporcionado a la paciente información incompleta sobre su estado ginecológico, al no haberse advertido a la misma de la existencia de casos en los que, tras haberse diagnosticado una impermeabilidad de trompas, se habrían producido gestaciones tras desaparecer la obstrucción tubárica inicialmente diagnosticada. La consecuencia de ello fue el nacimiento de una hija, que la reclamante califica como daño permanente que no tendría el deber jurídico de soportar, por lo que debe ser objeto de indemnización.

Aplica la doctrina antes expuesta y concluía lo siguiente: *“Conforme a la jurisprudencia expuesta, debemos confirmar la sentencia impugnada. Ésta no considera acreditados unos daños patrimoniales en los términos que exige el Tribunal Supremo, es decir, perjuicios más allá de los gastos derivados de la crianza normal de los hijos. El recurrente lo único que alega es que se trata de una madre soltera con dos hijos anteriores, y que en el año 2009 era demandante de empleo. Desconocemos su situación económica, laboral y patrimonial, si el padre coadyuva a los gastos, si tiene algún otro tipo de ayuda. Su argumentación sobre los –evidentes– mayores gastos que un hijo trae consigo a la economía familiar no son suficientes para el reconocimiento de la indemnización por el concepto solicitado –daños patrimoniales–, pues para ello habría sido necesario, repetimos, acreditar gastos superiores a los ordinarios (como por ejemplo sucede con niños con Síndrome de Down tal y como ha señalado el Tribunal Supremo)”*.

2- Evaluable económicamente e individualizado.

Acreditada la efectividad del daño, el siguiente presupuesto es su cuantificación. Es preciso concretar con la mayor exactitud posible todos los elementos que son tenidos en cuenta para fijar la indemnización. Es obvia la dificultad que supone valo-

rar en determinadas ocasiones los perjuicios que se reclaman –pérdida de un familiar, secuelas derivadas de una actuación sanitaria-, pero debe hacerse un esfuerzo, tanto por la parte que reclama como por la Administración a la que se demanda y, en último término, por los Tribunales, de concreción de los daños y de los parámetros en los que se funda la cuantía reclamada. Con ello se trata de reducir esa subjetividad lo máximo posible y permitir fijar unas pautas generales que doten de seguridad jurídica al sistema, lo que conllevaría una mayor objetividad en la determinación de la indemnización y, por qué no, una menor litigiosidad ante los Tribunales, pues los interesados conocerían las pautas generales y los límites económicos aproximados entre los que moverse para concretar su pretensión.

En este sentido, no puede desconocerse como los Tribunales Contencioso-Administrativos tienen en cuenta el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, incluido como Anexo en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Si bien la aplicación de este Baremo no puede considerarse imperativo como sucede en el ámbito para el cual se aprobó –los accidentes de tráfico-, es una herramienta fundamental para conocer y valorar lesiones y secuelas. Por tanto, nada obsta para que pueda ser utilizado de modo orientativo (SSTS de 15 de marzo de 2007 y 9 de marzo de 2010) más aún cuando no se plantea la más mínima alternativa para su cálculo por las partes interesadas (como el TSJ de Extremadura ha señalado en ciertas ocasiones, por ejemplo, en Sentencia de 7 de febrero de 2012, recurso 831/2009). Piénsese en lo difícil que resulta concretar en números el daño que supone, por ejemplo, la pérdida de un familiar, la existencia de una lesión permanente o la valoración de una secuela concreta. A su vez, debe partirse del principio de reparación integral, pues la obligación de indemnizar debe incluir todos los perjuicios ocasionados que queden debidamente acreditados para colocar al afectado –desde un punto de vista patrimonial- en una posición equivalente al supuesto de que el daño no se hubiera producido. Sólo podrá considerarse que la reparación es integral, real y efectiva si se llega a la conclusión de que el patrimonio del afectado no ha resultado alterado. Se dice en la STS 8 de marzo de 2012, recurso 6169/2008: *“Además, el principio general en materia de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado es el de la “restitutio in integrum” o reparación integral del daño, lo que obliga no solo al abono de la cantidad indebidamente satisfecha a las arcas públicas sino también, en aras de ese principio de plena indemnidad, reconocido en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 5 de febrero y 15 de julio de 2000, entre otras muchas) y en la propia Ley 30/1992 (art. 141.3) al abono de los intereses legales de la cantidad a devolver desde el día en que se presentó la reclamación administrativa hasta la fecha de notificación de esta Sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional”*.

Por tanto, en la determinación del daño no puede tenerse en cuenta solamente el valor del bien afectado, sino también el daño emergente y lucro cesante, el posible daño moral o el denominado *pretium doloris*, que comprende además los padecimientos físicos y psíquicos de los perjudicados y personas de su entorno.

Con respecto al denominado daño moral, los supuestos de reclamación son abundantes y su estimación por los Tribunales frecuente. No obstante, la jurisprudencia alerta sobre la necesidad de examinar su concurrencia con prudencia y cautela, pues en ocasiones sucede que, bajo el paraguas de daño moral, se pretende la obtención de indemnizaciones por daños materiales cuya prueba es débil. La prueba sobre la realidad de estos daños y su cuantificación se ajusta a parámetros distintos. Por tanto, debe tenerse en cuenta que las dificultades en la acreditación de daños materiales no puede derivar en reconducir su reclamación por la vía de daño moral.

En cualquier caso, ya se ha apuntado la dificultad de valorar los perjuicios derivados de una actuación en el ámbito sanitario, por lo que parece coherente ajustar la cuantía indemnizatoria, dentro siempre de ciertos parámetros generales, al caso concreto, fijando una indemnización lógica y racional pero no con una precisión matemática, contraria al ámbito en el que nos movemos. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 destaca "*las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas*" en una suma dineraria. Y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable "*componente subjetivo en la determinación de los daños morales*".

También se admite, en relación con el principio de reparación integral, la posibilidad de compatibilizar la indemnización que se reclama con otras prestaciones cuyo origen sea el mismo que sirve de base a la reclamación de responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, la compatibilidad de la indemnización por responsabilidad patrimonial con las prestaciones del sistema público de la Seguridad social (Sentencia de 3 de noviembre de 2008, recurso 5803/2004), aunque con la limitación de que la suma de lo recibido como pensión y como indemnización no supere la cuantía del daño (Sentencia de 17 de junio de 2008, Rec. casación 404/2004). Estas cantidades deberán deducirse de la indemnización si han sido ya percibidas o reconocidas (a ello se refiere la STS La deducción de cantidades ya percibidas en cualidad de indemnización, bien del proceso penal, bien del reconocimiento concedido en el Real Decreto Ley 4/93, de 26 de marzo, procede de sentencias ya antiguas como la dictada con ocasión de la rotura de la Presa de Tous (STS de 29 de septiembre de 2010, dictada en el recurso 3367/2008).

En el ámbito sanitario tiene especial importancia la posibilidad prevista en el art. 141.4 de la Ley 30/1992 de pago mediante compensación en especie o abono por pagos periódicos, que establece el citado artículo para los casos en que "*resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público*", y condicionado a que "*exista acuerdo con el interesado*". Esta última apreciación resulta im-

portante pues permite que sea el acreedor el que decida lo que más le conviene, sin imposición alguna por parte del deudor. Se trata de un supuesto especialmente importante para casos extremos que exijan grandes cuidados durante un período de tiempo largo o, al menos, incierto, como sucede con los tetrapléjicos o estados de coma, en los que la incertidumbre sobre su expectativa de vida hacen difícil fijar una cantidad a priori, que depende de la prolongación de la vida y que, obviamente, no se conoce a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria (Sentencia de la Audiencia Nacional, sección cuarta, de 21 de marzo de 2010, recurso 1246/1996).

Por otro lado, la reparación integral obliga a tener en cuenta la actualización de la cuantía indemnizatoria al momento de su percepción y el asunto, siempre complejo, de cálculo de los intereses. El artículo 141.3 de la Ley 30/1992 recoge este principio al señalar que *"la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a la ley General Presupuestaria"*.

Como señala el TS en sentencia de 16 de septiembre de 1997, recurso 4880/1993, *"la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, lo que no se lograría si el retraso en el cumplimiento de tal obligación no se compensase, bien con la aplicación de un coeficiente actualizador bien con el pago de intereses por demora, pues ambos sistemas propenden precisamente a la consecuencia de una reparación justa y eficaz"*.

Más recientemente, la sentencia de 26 de marzo de 2010 (recurso 501/2007) con cita de otras muchas (Ss. 27-11-2006 , 14-12-2006 , 21-12-2006, 12-9-2007 y 31-12-2007, por citar algunas), expone que *"en aras del principio de reparación integral viene considerando, junto con el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que subyace tras la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997). Esta Sala a tal fin establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo actualizada a la fecha de esta sentencia con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística"*.

Es decir, calcular la indemnización al momento en que se produjo la lesión pero actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arre-

glo al IPC y los intereses de demora, que *"es tanto como decir desde que se fija la indemnización"*.

El cómputo de los intereses se produce desde la reclamación dirigida a la Administración y culmina con el efectivo pago. Sin olvidar el pago de los intereses de la mora procesal previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –interés legal del dinero incrementado en dos puntos, a contar desde que se dictó sentencia en primera instancia-, con la particularidad establecida en la jurisdicción contencioso-administrativa ex artículo 106 LJCA, que se refiere al *"interés legal del dinero calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia"*, y que podrá incrementarse en dos puntos si se aprecia falta de diligencia en el cumplimiento de la sentencia por parte del órgano encargado de hacerla efectiva (artículo 106.3 LJCA).

En estos casos, lo que hace frecuentemente el Tribunal Supremo es fijar una cantidad indemnizatoria con la aclaración de que ésta se considera ya actualizada al momento de dictarse sentencia, con lo que hace innecesaria la revalorización y el cálculo de intereses.

3- Antijuridicidad del daño.

Hemos señalado que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva o de resultado; es indiferente la conducta realizada por la Administración, si ésta ha sido culposa o negligente, para determinar la existencia de responsabilidad. El acento se pone en el resultado producido. Este resultado dañoso exige, además de los requisitos antes expuestos, la nota de antijuridicidad, con la cual se trata de especificar que sólo los daños que no tienen amparo en una norma, que no están justificados, merecen ser indemnizados. El artículo 141.1 de la Ley 30/1992 habla de daños causados al particular que no tenga la obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley.

Podría decirse que lesión antijurídica es aquélla que afecta de modo particular y distinto a un ciudadano respecto a los demás. Es decir, que en circunstancias normales el padecimiento que sufre el ciudadano y que le lleva acudir a los servicios sanitarios se habría saldado con un resultado positivo o, al menos, más positivo que el que finalmente se produce. Se trata de evitar un trato diferenciado o, dicho en otras palabras, en caso de que se haya producido un resultado distinto al habitual surge la obligación de repararlo por parte de la Administración.

De ahí que esta lesión antijurídica pueda derivar tanto de un funcionamiento normal como de un funcionamiento anormal, pues la nota característica es, en uno u otro caso, que se haya producido un resultado distinto al habitual, distinto al que era de esperar en circunstancias normales de la prestación sanitaria.

En la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012, recurso 4321/2010 –reclamación de responsabilidad patrimonial por la pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con el hijo biológico a resultas de medidas de acogimiento preadoptivo–, analiza la concurrencia de este requisito y desestima la reclamación por apreciar dos causas de exclusión de la antijuridicidad. Señala esta sentencia lo siguiente: *“este último requisito, el de antijuridicidad, [pues] es el determinante para el juicio de la responsabilidad. Efectivamente, nuestra Sala tiene dicho –Sentencia de 10 de octubre de 1997– que “el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, ‘un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga’ (Sentencia de 3 de enero de 1979). La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (STS 13 de enero de 2000)”*.

Y en la STS de 3 de noviembre de 2009, recurso 734/2008, refiere que *“no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, o dicho en otros términos cuando la ley -o el reglamento de acuerdo con la ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño, y aquí, en el supuesto que enjuiciamos la conducta ilegal de la Administración ha provocado y desencadenado hacia unos procesos que el administrado no tenía que soportar”*.

Así, por ejemplo, cuando se trata de operaciones quirúrgicas de alto riesgo, este riesgo es consustancial a la prestación sanitaria que se realiza, con lo que existiría una causa justificada de exclusión de la antijuridicidad, pues el resultado positivo, no es que no esté asegurado –tampoco lo está al 100% en otros casos– sino que es probable, dada la entidad de la intervención, que no se produzca; también se aprecia causa de exclusión de la antijuridicidad en los casos de vacunaciones obligatorias y en las actuaciones sanitarias impuestas coactivamente por razones de salubridad pública, adoptadas al amparo de lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su Capítulo V.

En definitiva, con el requisito de la antijuridicidad se pretende que sólo deban ser indemnizados aquellos daños en los que el resultado dañoso es inhabitual, cuando la regla general para otros supuestos similares sea un resultado positivo (o, al menos, mejor que el producido). Y también quedaría excluida la indemnización cuando es la propia norma la que prevé la adopción de las medidas que lo ocasionan,

precisamente por esta nota de generalidad. El Tribunal Supremo, por ejemplo, ha tenido en cuenta esta exigencia para desestimar la indemnización solicitada en los casos de contagio del virus de la hepatitis C y del SIDA por transfusiones de sangre contaminada, pues en su momento no era posible prever tales consecuencias.

B) La relación de causalidad

Que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea una responsabilidad centrada en el resultado dañoso no significa que éste pueda desvincularse de la acción que lo produce. Como ocurre en el ámbito civil, será imprescindible que el daño sea consecuencia de una acción y que la reclamación se dirija contra aquel que ha realizado la conducta que provoca el daño.

La Administración actúa a través de personas físicas, con lo que el primer presupuesto necesario será acreditar la vinculación entre la Administración y la persona que realiza la conducta. Ésta puede ser una autoridad o funcionario público, pero también un contratado laboral o, incluso, en los supuestos de mera gestión de hecho.

El primer presupuesto es que el sujeto activo esté integrado en la organización administrativa. Pero también que actúe en nombre o por cuenta de la Administración, lo que exige examinar qué tipo de actuación administrativa es susceptible de provocar un daño. Ya se ha explicado que el artículo 139 de la Ley 30/1992 se refiere al funcionamiento de un servicio público, tanto normal como anormal. Se entenderá como servicio público la actuación de la Administración en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, dirigido a la satisfacción del interés general. Sólo podrá imputarse el daño a la Administración si el sujeto activo actúa en el ámbito de competencias que tiene atribuidas el órgano administrativo en el que está integrado, si la conducta ha sido realizada dentro del normal actuar del órgano administrativo.

Por tanto, será necesario que la conducta causante del daño cumpla un doble requisito: uno subjetivo –realizada por un trabajador de la Administración; y uno orgánico –que se haga en el ejercicio de las funciones propias de dicha Administración–.

La conducta puede ser activa o pasiva, que tiene lugar cuando no se lleva a cabo una determinada actuación que es exigible y de cuya ausencia deriva el resultado dañoso.

C) Vulneración de la *lex artis*

Pero, además, será exigible que el resultado lesivo pueda ser imputado a la Administración, pues lo contrario generaría supuestos indeseables en los que, por la simple intervención de ésta en una conducta prestacional, se viera obligada a responder de daños con los que no tuviera una relación de causa a efecto. Es decir, el daño o lesión sufrida ha de poder ser imputada a la Administración.

Por tanto, la imputación consiste en la imposición al sujeto activo del deber de reparar el daño ocasionado por su actuación. Existen distintos títulos de imputación, si bien el que viene siendo aplicado por la jurisprudencia es la denominada vulneración de la *lex artis*. Este concepto surge como consecuencia del aumento de reclamaciones patrimoniales contra la Administración basadas en la responsabilidad objetiva o de resultado que dio lugar a una cascada de reclamaciones, sobre la base de que, acreditado el resultado dañoso y la relación de causalidad con una actuación médica o sanitaria, surgía, sin más exigencias, la obligación indemnizatoria. El problema se hacía muy evidente en determinados casos, como aquellos de enfermedades terminales; en estos casos la Administración había intervenido prestando una asistencia sanitaria si bien, no obstante y a pesar de ella, se producía un daño o lesión (el fallecimiento del paciente). La lógica y el sentido común exigían rechazar estas reclamaciones. La cuestión que se planteaba era, precisamente, el título de imputación. ¿Era el fallecimiento imputable a la prestación sanitaria o, más bien, a la propia patología del paciente, a la gravedad de ésta y a la evolución de la enfermedad?

Resultaba improcedente imputar estos resultados a una actuación de la Administración sanitaria que nada había tenido que ver con el resultado dañoso, aunque éste cumpliera todos los presupuestos antes examinados y aunque existiera una prestación sanitaria dirigida a evitar el daño, objetivo que finalmente no se consigue. Surge así la aplicación del criterio de la *lex artis*: no es suficiente con la simple relación de causalidad, sino que es exigible "algo más", que el resultado sea verdaderamente imputable a la Administración. Este título de imputación se concreta en determinar si en la prestación del servicio se ha infringido el criterio de normalidad, es decir, si la asistencia médica ha sido correctamente prestada. Si así sucede, el resultado lesivo no puede ser imputado a la Administración.

Por tanto, la actuación médica se ajustará a la *lex artis* cuando dicha actuación, en atención al estado de conocimiento y a los medios técnicos y personales existentes en cada caso, ha sido prestada correctamente. Por ello, es más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*, es decir, la actuación médica ajustada a las circunstancias de lugar y tiempo en cada caso concreto. Una actuación sanitaria, según se realice, por ejemplo, en las urgencias de un gran hospital o en un pequeño centro de salud de una zona rural, pueden ser valoradas, a efectos de vulneración de la *lex artis*, de forma radicalmente distinta, precisamente porque los medios personales y materiales son distintos. La exigencia en uno y otro caso ha de ser necesariamente distinta. Es decir, la responsabilidad de la Administración ha de exigirse en función de los medios existentes en cada momento y en cada lugar.

Así lo recoge expresamente el Legislador en el art. 141.1 de la Ley 30/1992 tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido

prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

La generalización de protocolos médicos facilita la apreciación de la *lex artis* en la prestación del servicio sanitario. Estos protocolos determinan las reglas básicas del buen actuar médico, las pautas a seguir en relación a las distintas patologías, tanto en cuanto a su diagnóstico como en relación al tratamiento terapéutico. Todo ello con la apreciación y adecuación de las circunstancias de cada caso, que pueden implicar una exigencia distinta en atención a los medios existentes en cada supuesto – por ejemplo, pruebas diagnósticas en función de los medios técnicos-.

En la actualidad el criterio de la *lex artis* es el utilizado por la jurisprudencia para delimitar los supuestos que han de ser indemnizados de aquellos otros que no merecen el reconocimiento de una indemnización. Con este criterio se ha puesto coto a la excesiva objetivación de la responsabilidad de la Administración sanitaria que, en décadas anteriores, dio lugar a reclamaciones abusivas y a soluciones más propias de un sistema de aseguramiento universal del daño que de la institución de la responsabilidad patrimonial. Es el criterio que determina la existencia o la ausencia de responsabilidad.

Señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 (citando otras anteriores, como SSTs de 26 de junio de 2008, recurso 4429/2004, 20 de marzo de 2007, recurso 7915/2003, 7 de marzo de 2007, recurso 5286/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso”.* Y reproduciendo la STS de 7 de julio de 2008, recurso 4776/2004, continúa diciendo que *“La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa..., se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabili-*

dad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso... Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas (artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad) con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos". Doctrina reproducida con posterioridad (por todas, STS de 30 de abril de 2013, recurso 2989/2012).

III.- EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA "PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD"

Por último, conviene hacer referencia, brevemente, a un concepto utilizado por la jurisprudencia con bastante asiduidad como es la denominada pérdida de oportunidad.

Esta teoría parte de la configuración de la responsabilidad patrimonial médica como una responsabilidad de medios y no de resultados. No se trata de asegurar un resultado curativo, pues la incertidumbre de los resultados es consustancial a la ciencia médica, pero sí de poner a disposición del paciente todos los medios de que se dispone para lograr la curación. Por ello, el quantum indemnizatorio no puede consistir en la reparación del daño físico ocasionado –muerte, secuelas- pues la curación no está nunca garantizada, sino en la pérdida de la posibilidad de que, de no haberse producido esa "pérdida de oportunidad", el resultado pudiera haber sido otro –circunstancia que no puede ser corroborada completamente-.

Se trata de examinar qué hubiera ocurrido si la actuación médica se hubiera llevado de una manera distinta y si ello habría podido generar una situación más favorable a la salud del paciente. Por tanto, no se parte de una actuación médica incorrecta o errónea; lo que se plantea es si pudo existir, de acuerdo con los conocimientos y medios existentes en aquel momento, una actuación alternativa que, quizá, hubiese derivado en un resultado distinto y más ventajoso para el paciente.

Lo primero que es de destacar es que se trata de una teoría basada en suposiciones e hipótesis de lo que podría haber sucedido, hechos futuros de difícil acreditación. Lo cual contradice en cierto modo la exigencia antes vista recogida en el art. 139 de la Ley 30/1992 de que el daño sea efectivo.

A la hora de calcular el importe indemnizatorio, la subjetividad siempre presente a la hora de valorar los daños derivados de una mala praxis médica se ve, en este caso, claramente acentuada. Ya se ha dicho que lo que se indemniza son daños hipotéticos, basados en lo que podría haber sucedido en caso de que se hubiera actuado de otra manera. Por ello, la indemnización ha de ser necesariamente menor que la correspondiente al daño concreto sufrido. Lo que es objeto de indemnización

es, precisamente, esta pérdida de oportunidad, por lo que los Tribunales deberán tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes al caso y, especialmente, la pérdida de probabilidades de curación, en relación por tanto con los medios disponibles y la gravedad de la patología o enfermedad.

El Tribunal Supremo explica nítidamente todas estas cuestiones. Dice en la reciente sentencia de 28 de febrero de 2012, recurso 5185/2010, que *"basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias"*.

En la Sentencia de 7 de julio de 2008 (recurso 4776/2004) examina el caso de una reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por un particular que, durante una jornada de buceo, sufre un accidente de descompresión. Es llevado inmediatamente a un centro médico pero se demora varias horas su traslado a un centro especializado donde podía recibir el único tratamiento posible (cámara hiperbárica), demora que se produce a pesar de la urgencia del caso y la disponibilidad de medios para efectuarlo (helicóptero en lugar de la ambulancia que finalmente se utilizó). Señala el Tribunal Supremo lo siguiente: *"En esta tesitura, si, como resulta unánimemente admitido, los accidentes disbáricos deben tratarse lo más rápidamente posible, de modo que cuanto más prontitud mayores posibilidades de éxito, la disfunción acaecida en el caso litigioso debe tener sus consecuencias reparadoras, porque, con el indebido retraso en llevarle a la cámara del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona, se privó al Sr. Valentín de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le hurtó la ocasión de eludir las secuelas que hoy arrastra. En otras palabras, el recurrente ha sufrido un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era posible, y no por carretera, habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida.*

... Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis prime-

ras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente”.

Esta pérdida de oportunidad, aún moviéndonos en el ámbito de una hipótesis que no puede ser corroborada, debe ser objeto de indemnización; no de una indemnización en función del fallecimiento, sino de esta pérdida de oportunidad, de un beneficio probable e incierto no susceptible de prueba plena pero que, en todo caso, deberá ser inferior al daño ocasionado a la salud.

Como dice la citada Sentencia del Tribunal Supremo *“no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno”*. El daño ocasionado no es un daño hipotético sino un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (en términos del art. 139.2 de la Ley 30/1992) que consiste en *“habérsele privado de la ocasión para eludir las secuelas físicas que afronta en la actualidad”*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura ha tenido ocasión de aplicar en determinados casos esta teoría de la pérdida de oportunidad. Así, en la sentencia de 29 de noviembre de 2011, recurso 1437/2009, examina el supuesto de un varón de 25 años, ingresado en el Hospital por causa de hemorragias digestivas por una posible hepato y esplenomegalia (trombopenia secundaria a hiperesplenismo) y con varices periesofágicas. Encontrándose ingresado en planta, sufre un nuevo cuadro hemorrágico en la habitación, entrando en shock. Es estabilizado y recupera la consciencia y se decide su traslado urgente (helicóptero 112) al Hospital Gregorio Marañón de Madrid. Se valora su ingreso en UCI hasta tal momento pero no se considera procedente. Una hora después, sufre una nueva hemorragia digestiva que le lleva a un cuadro de shock. Ante esta nueva situación es llevado a la UCI, si bien la situación resultó irreversible y el paciente fallece a las 12 horas por fallo multisistémico.

La Sala concluía que la negativa a ingresar al paciente en UCI constituía mala *praxis* profesional, no porque la decisión fuera inexplicable o ilógica –no lo era pues se apoyaba en razones justificadas buscando el mejor beneficio para el paciente–, pero sí porque no valoró en su totalidad la situación y se centró sólo en los riesgos de su ingreso, sin tener en cuenta las posibles ventajas que la UCI podía proporcionarle en caso de un empeoramiento de su situación, privándole, en alguna medida, de todos los medios de que se disponía para su curación. Por tanto, el fallecimiento no fue ocasionado ni debido al funcionamiento de los servicios sanitarios sino a la gravedad de su patología, pero si se redujeron las posibilidades de evitar el desenlace, aunque no fueran muy elevadas.

A la hora de fijar la indemnización, todos estos factores son tenidos en cuenta –que la decisión de la médico intensivista no fuera totalmente ilógica ni irracional,

que el paciente ya se encontrara en un centro sanitario y, especialmente, la altísima tasa de mortalidad que presentan los pacientes que sufren esta dolencia que los pe- rritos cifraban en un 75% de promedio el primer año y de un 83% el segundo-. Se es- timó una indemnización de 10.000 euros.

También, por ejemplo, en la sentencia de 17 de mayo de 2012, recurso 700/2010, donde se examina el caso de un paciente que debía ser urgentemente trasladado al hospital, lo cual no puede llevarse a efecto debido a que la ambulancia enviada no reunía las características exigidas por la gran obesidad del paciente, algo que era co- nocido, como también su situación de gravedad y los antecedentes que presentaba. En lugar de una ambulancia medicalizada se acude con una convencional, lo que su- puso en primer lugar una medida agravante y estresante que acelera el proceso y, en segundo, el traslado en una furgoneta particular sin la debida asistencia de personal y medios. Todo ello generó un cierto retraso y la imposibilidad de aplicar medidas mé- dicas adecuadas, que posiblemente no habrían evitado la muerte, pero que podrían haber actuado de manera correctora, determinando un resultado en todo caso más beneficioso. Se reconoce una indemnización de 18.000 euros.

Y finalmente, en la sentencia de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 517/2011, examina una reclamación patrimonial fundada en la tardanza en hacer un diagnóstico de la úlcera corneal que presentaba la niña en la consulta de su pediatra, lo que impidió que recibiera el inmediato tratamiento que precisaba esa dolencia por especialista oftalmólogo y en régimen de urgencia hospitalaria, que no tuvo lugar hasta varios días después, lo cual derivó en un leucoma corneal central que afecta su eje y capacidad visual de manera significativa. La Sala razona que *"no existe dato alguno que permita determinar que en otro caso el ojo no hubiera sufrido igualmente el proceso infeccioso que culminó con el leucoma corneal central. Es más, los acontecimientos posteriores respecto del ojo derecho permiten pensar que ello hubiera ocurrido igualmente aunque la asistencia hubiera sido correcta. Nos encontramos, por tanto, con una actuación médico-pediátrica que no ha permitido conocer, como dijimos en nuestra Sentencia de 23/11/2010, rec. 289/2010, "el alcance que habría tenido la evolución de la salud de la paciente de haberse adoptado la prudente decisión de ordenar su ingreso en el hospital", lo que nos lleva "a la denominada doctrina de la perdida de oportunidades"*. Se reconoció una indemnización de 7.000 euros, cifra que se razona por aplicación de un porcentaje, el 30%, a la cantidad que resultaría de la apli- cación del Baremo de tráfico, estimando que la lesión supondría unos 23 puntos.

**INSPECCIÓN MÉDICA ANTE LOS
CASOS DE MALPRAXIS MÉDICA/
RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**

Petra López García
Médico. Inspectora

Se está tratando durante esta Jornada el complejo tema de la Responsabilidad del Médico y se me ha encomendado hablar sobre la Responsabilidad Disciplinaria, deduzco que por la cercanía a la misma al formar parte de los profesionales que tienen la difícil misión de intervenir en el circuito establecido para clarificar la misma.

Comenzaré intentando aproximarme al concepto de los distintos tipos de Responsabilidad Médica deteniéndome, como procede, en el de Responsabilidad Disciplinaria para después hacer un análisis más detenido del Procedimiento Disciplinario, procedimiento en el que afortunadamente se ven inmersos un escaso número de profesionales y procedimiento que en la mayoría de los casos, si no en el 100%, obedece, y entiendo que desafortunadamente en esta ocasión, a la realización de un acto reprochable por parte de dichos profesionales. Unas breves puntualizaciones prácticas concluirán la exposición.

INTRODUCCIÓN: RESPONSABILIDAD MÉDICA

De acuerdo al diccionario de la RAE **RESPONSABILIDAD** hace referencia al compromiso u obligación moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.

La **RESPONSABILIDAD MÉDICA** vendría a definirse como la obligación moral y legal que tienen los médicos de compensar, reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, de las omisiones, de los errores, cometidos en la práctica de su profesión.

Se pueden distinguir los siguientes tipos de Responsabilidad médica:

1. Responsabilidad Penal
2. Responsabilidad Civil
3. Responsabilidad Patrimonial
4. Responsabilidad Deontológica
5. Responsabilidad Disciplinaria.

Cuando hablamos de **RESPONSABILIDAD PENAL** nos estamos refiriendo a la obligación de responder por las omisiones o conductas dolosas (daño voluntario, consciente) o culposas (daño involuntario por imprudencia) que el Código Penal define como delitos o faltas.

Con gran diferencia, el delito o falta en que un médico se puede ver involucrado con mayor frecuencia como consecuencia de su actividad profesional es en el de homicidio o lesiones ocasionadas con imprudencia. Esto significa que el médico, casi de manera exclusiva, se verá inmerso en un proceso penal como consecuencia de una conducta incorrecta, no adaptada a la *lex artis* de su profesión, que ocasiona un daño

o lesión a su paciente. Dejamos así fuera de nuestra atención la impensable posibilidad de que alguien dolosamente, es decir, voluntaria e intencionalmente, le cause daño a su paciente.

Las consecuencias de la comisión de conductas tipificadas en el Código Penal como faltas o delitos será la imposición de la correspondiente pena prevista para ella, y que puede ser la privación de libertad, la multa y la inhabilitación.

La Responsabilidad Penal la impone el Estado y consiste en una sanción (pena) que busca “castigar” al responsable; es una responsabilidad personal; siempre tiene que existir un sujeto físico de la responsabilidad, aunque también cabe hablar modernamente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se recoge en el artc. 31 bis del Código Penal.

La **RESPONSABILIDAD CIVIL** es la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a un tercero mediante una indemnización monetaria.

La responsabilidad civil del médico tiene como objetivo principal la reparación económica de un daño derivado de su actuación profesional.

Ésta puede derivarse de la existencia de un contrato que vincula al médico con el paciente y se incurre en ella cuando existe incumplimiento de las obligaciones pactadas en dicho contrato; es la **RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL** que se recoge con carácter general en el artc. 1101 del Código Civil.

Pero también el médico, como cualquier otro ciudadano, está obligado a reparar el mal que cause a otra persona correspondiéndose esta obligación con la **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL** que se caracteriza por la inexistencia de vínculo obligatorio entre el autor del daño y la víctima del mismo. Rige aquí el artc. 1902 del código Civil que vincula la responsabilidad a la culpa: “El que por acción u omisión causara daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el mal causado”

La **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL** es la que corresponde a la Administración Pública por los daños causados al usuario derivados del funcionamiento, correcto o incorrecto, del Servicio Público Sanitario, con exclusión de los supuestos de fuerza mayor. La responsabilidad no es por culpa, la administración responde objetivamente.

El médico incurrirá a su vez en responsabilidad directa si la Administración demuestra que el daño tuvo origen en su propia actuación profesional pudiendo entonces aquella, en determinados casos de dolo, culpa o negligencia grave, cuando hubiera hecho efectiva la indemnización al lesionado, “repetir” contra el responsable.

El penúltimo tipo de Responsabilidad que interesa al médico es la **RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA**. El vigente Código de Deontología Médica de la OMC fija

las normas éticas y principios que inspiran y guían la conducta profesional del médico. El médico está obligado a responder por el incumplimiento de estas normas y responderá haciendo efectiva la sanción que le sea impuesta.

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Centrándonos ya en la RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA comenzaremos definiéndola como la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de las normas de orden interno que rigen en la empresa en la que desempeña su actividad el médico.

Hace referencia a la obligación del médico de cumplir las normas de organización, la jornada, los horarios... los deberes y las obligaciones, en fin, propios de su trabajo y que se exigen en su relación laboral.

Cuando el empresario, en sentido lato, es la Administración, es ella quien ostenta la capacidad correctora mediante la competencia para imponer las SANCIONES DISCIPLINARIAS, a las que definimos como las medidas que puede aplicar la empresa cuando el trabajador incumple sus obligaciones laborales, y que están también presentes en la normativa que vincula la relación laboral.

Se distingue entonces que a este tipo de responsabilidad pertenecen aquellos actos o hechos de un médico que perturban el normal, cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas, y que conllevan una sanción disciplinaria.

Se configura desde su inicio la Responsabilidad Disciplinaria como una actividad sancionadora de conductas que, sin constituir delito, si infringen deberes profesionales y otras obligaciones derivadas, no sólo de la función, sino de la situación profesional.

Las sanciones disciplinarias buscan el buen ordenamiento del aparato administrativo procurando que el médico cumpla sus deberes inherentes al servicio. Tienen tres finalidades íntimamente relacionadas entre sí. La más importante es lograr superar la disfunción e introducir las mediadas operativas necesarias para el mejor funcionamiento de la Administración. En segundo lugar, se pretende encauzar al médico incurso en la falta esperando que no vuelva a incurrir en infracción. En tercer lugar, tiene un efecto ejemplarizador a fin de prevenir incumplimientos futuros.

En la Administración Autónoma de Extremadura el médico puede estar prestando servicio en distintas "empresas": Servicio Extremeño de Salud, Consejería de Salud y Política Social, Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia...etc. Dado que la mayor parte de la actividad médica asistencial se le presta al ciudadano a través del Servicio Extremeño de Salud, y además intuyo que la mayoría de los presentes desarrollan, o van a desarrollar, su actividad en él, a partir de ahora voy a centrar mi exposición en la Responsabilidad Disciplinaria del médico que desarrolla su trabajo en este último Organismo.

Gráficamente diremos que el Servicio Extremeño de Salud es una “empresa” que contrata a sus trabajadores (médicos) y que tiene la potestad para sancionarlos si no cumplen con las exigencias de su trabajo, y lo hará de acuerdo al contenido de la legislación aplicable según el tipo de vínculo laboral que mantenga con ellos:

- Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, para el médico estatutario
- Decreto Legislativo 1/1990, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura, para el médico funcionario y
- V convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Extremadura, aprobado por resolución de la Dirección General de Trabajo en julio de 2005, para el médico laboral.

En nuestra historia más reciente, si algo ha caracterizado a la Responsabilidad Disciplinaria es que siempre en las normas se han definido y concretado las conductas que son sancionables (falta leve, grave o muy grave), la sanción sobrevenida por la comisión de las mismas (amonestación, separación de servicio, suspensión de empleo y sueldo...) y el procedimiento para hacerla efectiva (procedimiento disciplinario).

Ya en el *Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, de 1966*, hace casi medio siglo, se regulaba normativamente en el capítulo VII, artc. 65 y ss, la Responsabilidad Disciplinaria.

Esta regulación se mantiene actualmente, contenida en el capítulo XII, artc. 70 y ss, del Estatuto Marco; en el capítulo VII, artc. 77 y ss, de la Ley de la Función Pública; y en el artc. 30 y ss. del V Convenio Colectivo.

En conclusión, la responsabilidad Disciplinaria es la obligación del médico de responder ante la empresa que lo contrata o nombra (Servicio Extremeño de Salud), por incumplir los deberes y exigencias de su trabajo y es esta empresa, S.E.S., la encargada de ponerle la sanción que corresponda de acuerdo a lo convenido según el tipo de vínculo laboral que mantenga con él (Estatuto Marco, Ley de Función Pública o V Convenio Colectivo).

Antes de avanzar en el tema, y a modo de ejemplo, vamos a describir, o mejor dicho transcribir, algunas de las conductas sancionables contempladas como falta según su graduación, y la sanción que cabría cumplir por su comisión:

GRADUACIÓN	VINCULACION LABORAL		
	ESTATUTO MARCO	FUNCION PUBLICA	V CONVENIO
LEVE	<ul style="list-style-type: none"> Falta injustificada de asistencia La incorrección con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios El incumplimiento injustificado del horario o jornada de trabajo 	<ul style="list-style-type: none"> Las faltas no repetidas de asistencia injustificadas La ligera incorrección con el público, los compañeros o los subordinados El incumplimiento de la jornada de trabajo sin causa justificada 	<ul style="list-style-type: none"> Falta injustificada de asistencia La incorrección con superiores ,compañeros, subordinados
GRAVE	<ul style="list-style-type: none"> Falta injustificada de asistencia más de 3 días continuados, o la acumulación de 5 faltas en dos meses La grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que, acumulado suponga más de 20 horas al mes 	<ul style="list-style-type: none"> La tercera falta injustificada de asistencia en tres meses La grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados El incumplimiento de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes 	<ul style="list-style-type: none"> La no asistencia al trabajo durante 3 días al mes sin causa que lo justifique La grave desconsideración con los trabajadores de superior, igual o inferior categoría o con los ciudadanos La falta repetida de puntualidad, al menos durante 5 días al mes.
MUY GRAVE	<ul style="list-style-type: none"> Falta injustificada de asistencia más de 5 días continuados o acumulación de 7 faltas en 2 meses. La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior 		<ul style="list-style-type: none"> Más de 3 faltas de asistencia al trabajo durante un mes sin causa que lo justifique Los malos tratos físicos a los trabajadores de superior, igual o inferior categoría, o al ciudadano

SANCIÓN			
FALTA	ESTATUTO MARCO	FUNCION PUBLICA	V CONVENIO
LEVE	<ul style="list-style-type: none"> Apercibimiento por escrito 	<ul style="list-style-type: none"> Apercibimiento Suspensión inferior a 10 días. 	<ul style="list-style-type: none"> Apercibimiento verbal o por escrito Suspensión de empleo y sueldo hasta 4 días
GRAVE	<ul style="list-style-type: none"> Traslado forzoso sin cambio de localidad Suspensión de funciones no superior a 2 años 	<ul style="list-style-type: none"> Traslado con o sin cambio de residencia Suspensión de funciones hasta 6 años 	<ul style="list-style-type: none"> Apercibimiento por rescrito Suspensión de empleo y sueldo de 5 días a 5 meses Suspensión del dº a concurrir a pruebas o turno de acceso durante 1 año
MUY GRAVE	<ul style="list-style-type: none"> Traslado forzoso con cambio de localidad Suspensión de funciones superior a 2 años e inferior a 6 años. Separación del servicio 	<ul style="list-style-type: none"> Traslado con o sin cambio de residencia Suspensión de funciones hasta 6 años Separación del servicio 	<ul style="list-style-type: none"> Apercibimiento por escrito Suspensión de empleo y sueldo de 5 meses a 3 años Suspensión del dº a concurrir a pruebas o turno de acceso durante 2 años Traslado forzoso Despido

LA INFORMACIÓN PREVIA

Existen situaciones en las que resulta evidente, y no se plantea ninguna duda, que la conducta del médico no ha sido correcta iniciándose, en estos casos, el procedimiento disciplinario (que más adelante desarrollaremos).

Pero en otras ocasiones no se aprecia tal grado de evidencia y se recurre entonces a la realización de una INFORMACIÓN PREVIA.

La Información Previa constituye una herramienta que la Ley otorga a la Administración para ser utilizada antes de iniciar el Procedimiento Disciplinario con el fin de determinar la conveniencia o no de iniciar dicho procedimiento.

Se plantea la necesidad de iniciar la Información Previa cuando se detectan actuaciones en los profesionales que pudieran configurar algún tipo de falta disciplinaria pero no intervienen circunstancias evidentes que avalen el inicio del expediente disciplinario. Y se plantea esta necesidad a efectos de un mejor esclarecimiento de los hechos para, según éstos, actuar lo pertinente.

Entendemos la Información Previa como el conjunto de actuaciones que se realizan con el objetivo final de comprobar si existen, o no, circunstancias que justifiquen iniciar un expediente disciplinario; se trata, en definitiva, de identificar, con la mayor precisión posible, los hechos que, en su caso, van a motivar la apertura de dicho expediente.

Todas las actuaciones que se realicen se harán sin publicidad y sin causar perjuicio al posible afectado, y tratarán de comprobar si existe una base objetiva para iniciar el Procedimiento Disciplinario.

Tiene la competencia para acordar la realización de una Información Previa el órgano competente para iniciar el procedimiento disciplinario, esto es, el Secretario General del Servicio Extremeño de Salud, y tiene atribuida la competencia para realizar las Informaciones Previas del personal sanitario del S.E.S. el Servicio de Inspección Sanitaria de la Consejería de Salud y Política Social, Servicio al que pertenezco.

Una vez instada la Inspección a practicar tal Información Previa, esta se realizará como se expone:

- 1º- Realizamos cuantas actuaciones y diligencias razonamos necesarias para el esclarecimiento de los hechos: tomamos declaración al afectado, a los testigos, a los compañeros...; pedimos documentos, informes ...; levantamos actas; solicitamos rastreos informáticos ...etc.
- 2º.- Una vez finalizadas las indagaciones, y conforme a lo advertido en las mismas, elaboramos unas conclusiones. Entre éstas, en su caso, figura la identificación de la acción cometida por el médico e investigada por la Inspección con alguna de las faltas tipificadas en la Ley que sea de aplicación.

3º.- Finalmente realizamos una propuesta: bien la apertura de expediente disciplinario por considerar la conducta del médico tipificable como presunta falta en la Ley, o bien la suspensión y archivo de las actuaciones.

4º.- Se remite al Secretario General del SES el correspondiente Informe junto a todo lo actuado; y será el Secretario General quien acuerde, o no, iniciar el expediente disciplinario.

Una **Revisión** de las Informaciones Previas efectuadas por el Servicio de Inspección Sanitaria en los dos últimos años, 2011 y 2012, en base a los antecedentes que obran en la Jefatura de ese Servicio, vierte los siguientes datos:

- Se realizaron un total de 14 Informaciones Previas: 12 en el año 2011 y 2 en 2012.
- En el 43% de los casos, 6 Informaciones Previas, se concluyó con la propuesta de archivo y sobreseimiento de las actuaciones.
- En 8 ocasiones, el 57% de los casos, se propuso apertura de expediente disciplinario: 5 por falta muy grave; 1 por falta grave; 1 por falta leve; y 1 por falta sin calificación. En una Información Previa se propuso apertura de expediente disciplinario por comisión de dos faltas.
- Las faltas en las que se han encuadrado los hechos y conductas investigados, y que han concluido con la propuesta de apertura de expediente disciplinario, han sido:
 - Artc. 72.2.l) *Incumplimiento de las normas de incompatibilidad (3)*
 - Artc. 72.2.k) *Actuaciones manifiestamente ilegales en el desempeño de las funciones (2)*
 - Artc. 72.2.h) *Notoria falta de rendimiento que comporta inhibición en el cumplimiento de sus funciones*
 - Artc. 72.2.o) *Grave agresión*
 - Artc. 72.3.c) *Notorio incumplimiento de sus funciones*
 - Artc. 72.4.c) *Incorrección con superiores, compañeros, subordinados o usuarios.*

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

La exigencia de la responsabilidad disciplinaria tiene que hacerse a través de un procedimiento disciplinario determinado que está dotado de unas importantes garantías que le aproximan, en cuanto a su seguridad jurídica, a los procedimientos penales. Así, deberá garantizar al interesado los siguientes derechos:

- a la presunción de inocencia
- a ser notificado del nombramiento del Instructor y a recusarlo
- a ser notificado de los hechos imputados, de la infracción que constituyan y de las sanciones que puedan imponerse
- a formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento
- a proponer cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de los hechos
- a ser asesorado y asistido por los representantes sindicales y
- a actuar asistido de letrado.

Los fines del procedimiento disciplinario son esclarecer y probar los hechos, determinar la infracción que constituyen dichos hechos y la responsabilidad susceptible de sanción, dando lugar a defenderse al presunto infractor, aunque no hay en el diseño del procedimiento contradicción en el sentido procesal, esto es, no hay un fiscal que acusa, una persona que se defiende, y un juez que decide; lo que existe es una doble fase: el instructor instruye y propone, y el órgano que decide imponer la sanción o archiva el expediente vistas las alegaciones del interesado.

FASES DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO:

I.- INICIACIÓN

Recae en el Secretario General del Servicio Extremeño de Salud el ejercicio de la potestad disciplinaria, siendo él el competente para iniciar el procedimiento disciplinario.

El procedimiento se inicia siempre de oficio por acuerdo del Secretario General del S.E.S., bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, de propuesta razonada de los subordinados o denuncia razonada. Y se iniciará mediante una Orden de Incoación en la que también se debe nombrar al Instructor (que será personal de la Administración de igual o superior categoría profesional que el médico) y, en su caso, al Secretario; a ambos les son aplicables las causas generales de abstención y recusación, entre las que se encuentran el tener un interés directo en el asunto, amistad o enemistad manifiesta...etc.

Como **MEDIDA CAUTELAR** el Secretario General del S.E.S. podrá acordar mediante resolución motivada la suspensión provisional de funciones del médico. Se aplicará esta medida excepcional cuando la falta cometida sea de tal gravedad o revista tal importancia, o sea de tal naturaleza que la permanencia del médico en el puesto de trabajo sea incompatible con la buena marcha del Servicio o pudiera alterarse o deteriorarse la asistencia sanitaria.

II.- DESARROLLO DE LA INSTRUCCIÓN

1º.- Se ordenará por Instructor la práctica de diligencias y pruebas que sean necesarias para comprobar y esclarecer los hechos y las responsabilidades susceptibles de sanción.

Se podrá utilizar cualquier medio de prueba admisible en derecho (testifical, pericial, confesión... etc).

Una de las primeras actuaciones consistirá en tomar declaración al afectado.

Se trata de probar la realidad de los hechos que se imputan, de demostrar que realmente existe una conducta culpable y no unos meros indicios racionales.

2º.- El Instructor, a la vista de las actuaciones practicadas y en el plazo no superior a un mes desde el inicio del procedimiento, formulará el correspondiente pliego de cargos que deberá comprender:

- hechos imputados
- presunta falta cometida
- sanciones que puedan ser de aplicación.

Este es quizás el trámite procesal de mayor importancia en la iniciación del expediente disciplinario por definir su contenido y alcance, a la vez que determina un límite para el órgano superior que ha de dictar la resolución del expediente, en cuanto no podrá sancionar hechos que no hubieran sido previamente imputados en el pliego de cargos.

Por otro lado, hace funciones de garantía al concretar o delimitar los hechos y circunstancias sobre las que el médico debe plantear y basar su defensa y no sobre otros que ya no podrán ser tenidos en cuenta posteriormente.

3º.- Se le notifica el pliego de cargos al afectado para que en el plazo de 10 días pueda contestarlo con las alegaciones que considere concurrentes a su defensa y con la aportación de documentos que considere de interés.

También deberá solicitar, si lo estima conveniente, la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias.

4º.- Práctica de pruebas: el Instructor acordará la práctica de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas y aquellas que considere pertinentes.

Deberá motivar, en su caso, la denegación de la admisión y práctica de las pruebas solicitadas por el afectado.

5º.- Se da vista del expediente al afectado para que en el plazo de diez días alegue lo que estime pertinente y aporte cuantos documentos considere de interés.

6º.- A continuación el Instructor formulará una Propuesta de Resolución en la que se fijará:

- los hechos, que no pueden ser distintos a los que sirvieron de base para la formulación del pliego de cargos
- la valoración jurídica de los hechos
- la falta que se estime cometida
- la responsabilidad del médico
- la sanción a imponer

7º.- Trámite de alegaciones: notificada la propuesta de resolución al interesado éste, en el plazo de diez días, podrá alegar ante el Instructor cuanto considere conveniente en su defensa.

8º.- Remisión del Expediente: finalmente se remitirá el expediente completo al órgano que ha de dictar la resolución (Secretario General del Servicio Extremeño de Salud) para que dicte lo que corresponda.

III.- TERMINACIÓN

La Resolución evacuada por el Secretario General del SES pondrá fin al Expediente Disciplinario.

La resolución habrá de ser motivada y en ella no se podrán aceptar hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, sin perjuicio de distinta valoración jurídica, y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente; en concreto deberá determinar:

- la falta que se entienda cometida
- los preceptos en que aparece recogida
- la persona responsable
- la sanción que se impone.

Se le notifica al interesado la resolución con expresión del recurso o recursos que quepan contra la misma: recurso de reposición ante el Secretario General del S.E.S. en el plazo de un mes o recurso en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el plazo de dos meses.

EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN

Las sanciones disciplinarias se ejecutaran según los términos de la resolución en que se impongan.

La interposición de recurso frente a la resolución no interrumpe el plazo de ejecución. No obstante, y a efectos de evitar un posible perjuicio al médico si el recurso no confirmara la sanción impuesta o la modificara aminorándola, el S.E.S. espera a la sentencia del recurso para ejecutar la sanción.

Se ha realizado también una **Revisión** de los Expedientes Disciplinarios instruidos a los profesionales médicos del Servicio Extremeño de Salud durante los años 2011 y 2012, en base a los datos obrantes en la Subdirección de Administración de Personal del S.E.S., y se han obtenido los siguientes resultados:

- Se han realizado un total de 17 expedientes disciplinarios, 13 durante el año 2011 y 4 en el 2012.
- 3 expedientes concluyeron con la Resolución de Sobreseimiento y Archivo de las actuaciones.
- 1 expediente no se concluyó porque se produjo la caducidad.
- 1 expediente se declaró extinguido por dejar de prestar servicio en el S.E.S. el facultativo expedientado.
- En 1 expediente se ha emitido propuesta de resolución (*falta grave tipificada en el artículo 72.3 d) de la Ley 55/2003, por una falta de respeto manifiesta a los usuarios, proponiendo una sanción de 10 días de suspensión de funciones*) y está pendiente de resolución
- 1 expediente se encuentra aún en fase de Instrucción.
- Se han sancionado 15 faltas mediante la Resolución de 10 expedientes; en 5 de los expedientes instruidos se ha sancionado la comisión de 2 faltas.
- Las faltas sancionadas son 14 de carácter grave, que suponen el 93,3% de las faltas.
- Del estudio de la frecuencia, absoluta y relativa, de las faltas graves tipificadas se obtiene la conclusión de que de los 14 tipos posibles (artc. 72 de la Ley 55/2003) tres concentran el 100% de las faltas cometidas:

- *Artc. 72.3.c) El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios.* En el 71,4% de los casos, 10 de las 14 faltas graves sancionadas, la conducta del médico ha sido encuadrada en esta falta.

Las conductas que han sido sancionadas son:

- Uso indebido de la Historia Clínica en 2 ocasiones, lo que representa el 14,28% del total de las faltas graves. Y este mal uso sancionado ha consistido en: - *Manipulación de la historia clínica* en un caso y
- *Acceso no autorizado al historial clínico* en otro (También por este último motivo se encuentra pendiente de resolución un expediente).

- *Prescripción de medicamentos en atención a su coste, aunque no fueran de indicación en su especialidad.*
 - *Abastecer la consulta de un medicamento X mediante recetas de pensionistas.*
 - *Manipulación de la agenda de citas.*
 - *Utilización de medios del Sistema Sanitario Público para atender a pacientes de consulta privada.*
 - *Incumplir de forma reiterada las normas y criterios de actuación que rigen en el Servicio.*
 - *Falta de cumplimentación de la documentación clínica y/o administrativa establecida en la Institución.*
 - *No asistir voluntariamente a las reuniones semanales convocadas por el Servicio.*
 - *Incumplir las normas de funcionamiento de las guardias del Servicio.*
- Artc. 72.3.h) *El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad, 3 faltas, el 21,4%.*
- Artc. 72.3.d) *La grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios, 1 falta, el 7%.*

En el 100% de los casos la sanción impuesta por la comisión de falta grave ha consistido en *suspensión de funciones* durante un tiempo que ha oscilado entre 2 meses y 3 días.

La revisión se completó con un análisis de los recursos contra las sanciones impuestas y las Sentencias dictadas por los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: en tres ocasiones la resolución ha sido recurrida por el facultativo; dos expedientes actualmente se encuentran en sede judicial pendientes de sentencia y en el tercero ha sido ratificada la sanción disciplinaria dando la razón a la Administración.

ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES

Ya por último, y para concluir esta parte de la exposición en la que se ha desgranado, una por una, las fases del procedimiento disciplinario, unas puntualizaciones que creo son interesantes también desde el punto de vista práctico:

1. Sólo se podrán sancionar las acciones u omisiones que constituyan una infracción disciplinaria; se requiere una previa y típica definición normativa de la conducta sometida a sanción como requisito para imponer la misma.
2. No se podrá imponer una sanción por la comisión de faltas graves o muy graves sin que se haya tramitado el necesario y descrito procedimiento disciplinario.

3. Para la imposición de sanción por falta leve no será preceptiva la previa instrucción del expediente, salvo el trámite de audiencia al afectado que deberá evacuarse en todo caso.
4. Aunque se ha apuntado que la potestad disciplinaria recae en el Secretario General del SES, se contemplan dos excepciones:
 - 1ª.- Si la falta cometida es calificada de leve, la potestad le corresponde, por delegación de competencias, al Gerente del área donde el médico incurra en dicha falta.
 - 2ª.- Si la sanción implicara separación de servicio, la potestad le corresponde, en este caso, al Director Gerente del SES.
5. La potestad disciplinaria le corresponde al Servicio de Salud en el que el médico se encuentra prestando sus servicios en el momento de cometer la falta pero las sanciones que se impongan tendrán validez y eficacia en todos los Servicios de Salud del S.N.S.
6. Si durante la instrucción de un expediente disciplinario cesa la actividad del médico en el Servicio Extremeño de Salud se extingue la responsabilidad disciplinaria de aquel y, lógicamente, se pierde la efectividad de la sanción.
7. Tampoco podrá el S.E.S instruir un expediente disciplinario al médico si cuando se tiene conocimiento de la comisión de la presunta falta éste ya no mantiene vínculo laboral con él.
8. Si durante la realización de la información previa o la instrucción del expediente disciplinario se aprecia la existencia de una presunta responsabilidad penal se suspenderá la tramitación de dicho expediente y se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, reiniciándose una vez que exista resolución judicial y apreciando que los hechos probados en dicha resolución vinculan al Servicio de Salud.
9. El plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores será de seis meses contados a partir del día en que se inicia el expediente disciplinario, ampliables, como máximo, por otros seis meses. A partir de este plazo se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones.

La caducidad supone el archivo del expediente pero no impide que si la infracción no ha prescrito se pueda iniciar de nuevo el procedimiento, aunque la jurisprudencia señala entonces que en el mantenimiento de las actuaciones del procedimiento previo no son admisibles todas, habiendo que repetir las.
10. Otro aspecto a tener en cuenta es el tiempo de prescripción de las faltas, que será distinto según la graduación de ésta y la legislación aplicable (Estatuto Marco, Ley de Función Pública o Convenio Colectivo). La prescripción de la in-

fracción supone que se ha extinguido la responsabilidad disciplinaria y por lo tanto, no se puede abrir el expediente por igual hecho.

11. Cualquiera de las situaciones previas, caducidad del procedimiento y prescripción de la falta, son bastante infrecuentes, habiéndose contabilizado un solo caso de caducidad en la revisión realizada.
12. De las sanciones disciplinarias quedará constancia en el expediente personal del médico durante el tiempo previsto en la ley correspondiente; transcurrido este tiempo se cancelarán de oficio.

LEGISLACIÓN

- Código Civil
- Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.
- Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública en Extremadura.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimientos Sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Resolución de 23 de julio de 2003, de la Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud, sobre delegación de competencias en materia de Potestad Disciplinaria.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.
- Decreto 3/2004, de 27 de enero, de Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios y Prestaciones de la Junta de Extremadura.
- V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Extremadura, publicado mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo
- Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Servicio Extremeño de Salud.

RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN EL ÁMBITO CIVIL

Rafael Gil Nieto

Abogado. Asesor Jurídico del Ilustre Colegio
Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz (icomBA)

Presento una ponencia sobre responsabilidad del médico en el ámbito civil.

Y debo hacer algunas reflexiones previas para centrar el contexto:

- a) Es la responsabilidad exigible al médico por su prestación de servicios en el ámbito privado, en su consulta, en la clínica o el hospital privado....
- b) También de aseguradoras de prestaciones sanitarias y/o seguros privados, pero ese es otro tema, no el de estas líneas.
- c) En todo caso espacio jurídico movedizo, muy cambiante y de una notable evolución y por tanto inseguridad jurídica....

Por ejemplo, podemos iniciar la exposición sobre la NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE diciendo que puede configurarse de formas diversas;

En atención a su origen (contractual o extracontractual),

A su objeto (obligación de medios-obligación de resultado)

Y a la naturaleza de los sujetos activos (medicina pública o privada); la responsabilidad civil derivada de la misma dependerá de que nos encontremos ante uno u otro supuesto.

Pero ya inmediatamente las dos primeras divisiones estarían en tela de juicio.

En todo caso empiezo por recordar esquemáticamente que el fundamento jurídico de nuestra responsabilidad se encuentra:

EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Art. 10.1 CE proclama de forma genérica la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

Art. 43 CE reconoce el derecho a la salud

Art. 51.1 CE dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, entre otros fines, y siempre mediante procedimientos eficaces, la salud de los mismos.

O el derecho a la vida, la integridad física, la libertad de conciencia...

EN EL CÓDIGO CIVIL

Art. 1902. CC regulador del deber genérico de no dañar y base de la responsabilidad extracontractual.

Art. 1903 *La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.*

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Artículo 1904 El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

O Art. 1101 del Código Civil, fundamento de la responsabilidad contractual

CRONOLOGÍA ESQUEMÁTICA DE LA NORMATIVA ESPECIFICA DEL SECTOR

La Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad,

Pretendió fijar los principios de una nueva relación médico-enfermo, apartándose del carácter paternalista para ir hacia una relación basada en el principio de autonomía de la persona. El ciudadano cambia su condición de mero enfermo para pasar a ser considerado usuario de los servicios sanitarios, nueva situación ésta en la que consecuentemente resalta el derecho a la información sanitaria.

Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la bio- medicina,

Que fue suscrito el 4 de abril de 1997, y entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países suscriptores, y establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad en el campo de la biología y la medicina. De este modo, trata el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y docu- mentación clínica.

Su exposición de motivos precisa: «... la presente ley completa las previsiones que la Ley general de sanidad enunció como principios generales». Asimismo: «... el de-

recho a la información, como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por leyes y disposiciones de distinto tipo y rango, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa recogida en la Ley general de sanidad».

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, o las que regulan los modernos campos de la biomedicina, biotecnología o bioética, como la Ley 42/2006, de 22 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donaciones y utilización de embriones y fetos humanos, sus células, tejidos y órganos, y la Ley 9/2003, de 25 de abril de régimen jurídico de la utilización confinada, liberalización voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Existe actualmente un anteproyecto de modificación para implementar en España la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Entrando en específica materia práctica de responsabilidad civil y en la materia sustancial diremos que procedemos a analizar la RESPONSABILIDAD CIVIL y en ella la relación extracontractual, la general del médico con su paciente-usuario-cliente-consumidor y su infracción mediante la aparición de la que llamaremos CULPA EXTRA CONTRACTUAL

A) Culpa extracontractual o Aquiliana (1902 CC)

Art. 1902. CC (El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado). Precepto regulador del deber genérico de no dañar, de no causar daño a otro”

Esta específica “culpa médica” es diferente de la culpa, en general y podría definirse como la infracción por parte del médico de algún deber propio de su profesión, más concretamente del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida

por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Esta diligencia viene determinada por la *lex artis*. Que abarca todo el proceso asistencial, no solo al terapéutico, sino al diagnóstico, el tratamiento no quirúrgico y la cirugía. Y es el estándar de exigencia.

La vamos a relacionar siempre con la medicina curativa, la de medios, y conforme al patrón *lex artis ad hoc*. Y requiere la concurrencia de culpa para determinarla.

B) Criterio de imputacion subjetivo

En el ámbito de la responsabilidad civil profesional y la médica en particular, la jurisprudencia descarta la existencia de una responsabilidad objetiva y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y pone de relieve el carácter netamente subjetivo de la misma.

El paciente (o sus familiares) debe/n probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido, en consonancia con el artículo 217 LEC. Orden Jurisdiccional donde se va a debatir instrumentado por el llamado procedimiento ordinario.

Por esa razón, resulta preciso contrastar su conducta negligente, en relación con su *lex artis* (atendiendo a los principios que regulan las pautas de su comportamiento, es decir, a sus normas profesionales y deontológicas), para determinar si su conducta (o su pericia) se ajusta a la diligencia exigida al profesional médico.

Aunque no siempre sea para la jurisprudencia esencial ese planteamiento. Constante pronunciamientos de condena desde la no colaboración con el Juzgado, la pérdida u ocultación de documentos esenciales en la HC u ocultar lo ocurrido durante una intervención

1.-Acción u omisión ilícita o antijurídica

Ahora bien, para que el médico responda no se debe valorar solo la lesión que pueda causarse debe haber actuado antijurídicamente (su conducta debe ser contraria a derecho, es decir, debe vulnerar una norma genérica o específica) o debe serle imputable el daño subjetivamente.

La responsabilidad puede surgir tanto de la acción positiva como de la abstención de lo que se venía obligado a realizar.

Nuestra doctrina jurisprudencial tiene declarado que para que, con carácter general, surja la responsabilidad patrimonial que se regula en el capítulo II del título XVI del Libro IV del Código Civil, artículo 1902 y siguientes, es necesario que concurren

una serie de requisitos o elementos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) una relación de causalidad o nexo causal entre la acción u omisión y el daño; d) y, finalmente, una situación culpabilística (vid., entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1996 y 17 de noviembre de 1998).

Otras Sentencias del Tribunal Supremo se refieren a los citados elementos distinguiendo dentro de los elementos que componen el comportamiento generador de responsabilidad entre la acción u omisión y los caracteres que califican la conducta del autor: antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad.

Y no cuando se actué en el ejercicio de un derecho amparado por el ordenamiento –legítima defensa, consentimiento de la víctima–

En cuanto al tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica, existe negligencia cuando el resultado dañoso se produce como consecuencia de la falta de conocimientos técnicos o profesionales o, en definitiva, cuando se realizan los mismos mediante unos métodos que contravengan las normas de la “lex artis”.

2.-Daño

El daño es el presupuesto fundamental para cualquier tipo de indemnización. No hay responsabilidad sin daño (material o moral) Es el elemento objetivo. Requiere acreditación y cuantificación para su reparación.

Y puede estar integrado por dos partidas diferentes: el daño efectivo (o emergente) como las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante)

Pero tampoco la simple producción del daño puede sostener la responsabilidad: hay riesgos, se producen daños, si están informados no hay responsabilidad. Habrá de estarse a las exigencias de la lex artis ad hoc, de la suficiencia de los medios disponibles y pertinentes prestados en función de los conocimientos y avances de la técnicaY puede haber daño –moral- sin mala praxis por infracción de la lex artis por no existir CI

Vg. Implante vital de una fístula de “gore tex” para practicar una hemodiálisis que produce invalidez en el brazo (SAPMadrid Enero/10)

Otras resoluciones dicen que no se indemniza si no agrava el estado del enfermo: Vg.- *el fracaso de la intervención no empero su situación de IPTotal con dolores continuos*

El daño moral

Una faceta singular de este daño lo constituye el daño moral. Y como singular da lugar a resoluciones judiciales mediáticas por su originalidad o el montante de la condena.

Se entiende por daño moral el perjuicio que, sin afectar a los bienes materiales ni a la integridad física, se refiere al patrimonio espiritual, a valores y conceptos de carácter no material: familiares, sociales, relativos al honor, a la imagen o que no son susceptibles de reparación específica y a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos, que son los más estimados y los más sensibles

- Un específico exponente de este daño en esta materia es la falta de información. Se vulnera la autonomía del paciente- que se indemniza al margen del perjuicio físico-. Se lesionan sus derechos personalísimos, es un daño moral por falta o defectos de CI para ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre, completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses (STS 4.3.11).
- Pero lo es también la información errónea o incompleta que según el TS conforma una actuación médica deficiente que genera un daño moral indemnizable
- Alguna doctrina señala que es también daño moral el error de diagnóstico derivado de un funcionamiento erróneo de los servicios de salud.

Vg.-

- No informar de la posibilidad de realizar pruebas prenatales a padres con hijo de síndrome de Down limita el derecho de autodeterminación ante el aborto terapéutico (STSJAndalucía JCAAdv 10/10)
- Incumplir lo acordado en estética debe compensarse por daño moral: no conseguir los cánones de belleza, no cumplir esas expectativas, provocan zozobra, notable desasosiego, incluso rechazo al físico propio, generando un fuerte impacto psíquico que necesariamente hay que indemnizar... (APSevilla 12/09)
- Aunque hay STS -27.9.01, 10.05.06 STS -27.9.01, 10.05.06 y 23.10.08 la falta de información no es por se una causa de resarcimiento pecuniario...salvo que se haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS 9.0.3.10)...todo ello: SAPBadajoz7.06.12...

El mismo caso fue sancionado por la APMadrid en Sentencia de 11/12.

Informar es un deber autónomo que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria

Por tanto también la falta de CI genera un daño moral ante la privación de la capacidad de decidir del paciente. (Sep/12 Sala de lo CAdv del TS).

La doctrina pone énfasis en la importancia de los formularios específicos puesto que solo mediante un protocolo amplio y comprensible de las distintas alternativas puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El retraso en la atención médica es un daño moral por pérdida de oportunidad y retraso en la atención sanitaria (STSJCyLJAdv 10/12)

Y desde la SJ1ª Instancia PM 05/12 condena a 23 años de manutención la pregunta es si nacer es un daño moral¿?

¿Es daño la mera falta de consentimiento?

La simple ausencia del consentimiento informado –obligación de fines- genera por se un daño moral, independientemente del resultado exitoso o no de la conducta médica realizada. El daño moral se deriva de la lesión a un derecho de la personalidad, por cuanto toda intromisión ilegítima supone un daño, cuando menos moral. Y constituye una infracción de la *lex artis*

Abril/11 STC : el CI es un derecho fundamental que forma parte de la integridad física de la persona y de su autonomía y autodeterminación: es una facultad de autodeterminación que legitima al paciente para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que le puedan afectar. Desde el punto de vista de los médicos les ofrece la garantía de que sus actuaciones se desarrollan dentro de los límites que impone la protección de tal derecho

Si. Valga la referencia a la doctrina jurisprudencial más adecuada e inconcusa sobre el significado de la falta del consentimiento como daño moral y la obligación de indemnizar: STC 37/2011, de 28 de Marzo; STS, Sala 3ª de 14/12/2010 (Rec. 1633/2008) y su referencia a las de 22/10/09 y la muy trascendente de 24/03/2010; de 25.10.2010 (Rec. 984/09). La Ley 41/02 de Autonomía de la Voluntad del Paciente exige información y obtención de CI. Previene dos excepciones: riesgo para la salud pública o inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo. La información se incluye entre los derechos de autonomía.

- Puede haber CI generales pero no específicos del tipo de intervención o de los riesgos específicos del paciente y constituiría, que pueden equipararse a esa falta de consentimiento.
- Y excepción puede ser que sin tratamiento alternativo no hay obligación de CI (TSJValencia 06/12)

Cuantificación del daño

Dato fundamental para reparar el daño es cuantificarlo. Y así como los daños materiales tienen fácil cuantificación. Los morales son susceptibles de valoraciones dispares.

Con la STS Sala 1ª 58/06, de 10.02.06, podemos afirmar que se puede de tomar

como referencia el sistema de valoración de daños corporales producidos a consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pero la conveniencia del establecimiento de baremos para la valoración de daños que resultan de la responsabilidad médica (no exento de Polémica).

Ese efecto expansivo a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos al automóvil ha sido admitido con reiteración como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad que la víctima informa.

Y el derecho positivo de partida sería:

Anexo a la DA8ª de la Ley 30/95, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (30.01.13)

En 2004. Mº de Sanidad, inicio un proyecto de Baremo de Daños sanitarios. Que busca la uniformidad. En definitiva exigencia de los principios de indemnidad y proscripción de la arbitrariedad.

La ausencia de un baremo claro da lugar a Sentencias con condenas económicas de todo tipo:

- 10/12 J1ªIns3Estepona 2.127.000 lesión cerebral menor
- Nov/12. Jdo.1ª Instancia 61 de Madrid: 150.000 por inexistencia de CI escrito
- Oc/12. TS 300.000 por inexistencia de CI de los riesgos de intervención quirúrgica
- Las indemnizaciones TS CAdv. 30.000/60000 según las circunstancias del caso concreto.
- Pero en Jul/12 TSJCAAdv 1000000 por falta de CI sobre riesgos de Fármacos

En todo caso son supuestos diferentes: Trafico: accidente, sanción y secuelas. En Responsabilidad Sanitaria se pasa del daño a la secuela sin que exista accidente. Concurrencia de más de una lesión: Trafico reduce la cuantía cuando el daño es mayor.

3.-Relación de causalidad

La declaración de responsabilidad exige la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del médico (aunque sea ésta negligente) y el daño ocasionado.

Es preciso que la conducta del médico sea causa, o una de las causas, de la producción del daño (es decir, debe existir una relación causa-efecto).

Además, cuando, unido a la falta de diligencia del médico, las pruebas revelen que otras conductas negligentes han concurrido en la causación del daño, podrá apreciarse una concurrencia de culpas, realizándose una equitativa moderación de la responsabilidad y un reparto proporcional de la cuantía de la indemnización de ambas conductas, la del médico y la víctima (o la de un tercero).

Vg.- La relación causal existe desde el momento en que no se realiza una prueba para emitir el diagnóstico preciso (STS de 27 de mayo de 2003 y 25 de septiembre de 1999).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que en la actuación médica no cabe regateo de medios ni de esfuerzos, generando responsabilidad tanto contractual como extracontractual dicha omisión (SSTS de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995, 19 de enero de 2001 y 27 de mayo de 2003). Por tanto, cuando hablamos de salud no es posible utilizar el análisis económico del derecho (en virtud de la fórmula de análisis coste-beneficio) para atribuir la responsabilidad.

Referimos el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1993, por resultar sumamente ilustrativo para concretar la relación de causa-efecto en cualquier solicitud de responsabilidad médica:

“Respecto de la exigida relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa- y el daño o perjuicio resultante –efecto- la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que impone al ser el resultado una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por tal, la que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se valora como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido”.

Esto obliga a acreditar sin dudas, ni meras sospechas o juicios de valor subjetivos que ha habido negligencia en la aplicación de la “lex artis” propia de tal profesión

Ruptura del nexo por paciente o terceros

Sensu contrario, cuando resulte probado que la actuación del médico no intervino causalmente en el resultado, quedará éste exento de responsabilidad.

Vg.- Cuando el paciente anula una cita no puede reclamar por retraso

No cabe reclamar por retraso si el paciente rechaza una prueba (STSJAdv 07/10)

El paciente que rompe el proceso asistencial de un traumatólogo y se interviene con otro está rompiendo el nexo causal si el resultado de la intervención es desfavorable.

Si no acude a poner una vacuna (APMadrid 7/10) –glammaglobulina en la semana 28- RH- y muerte

02/09 TSJCVDesidia del paciente tras una recomendación (Asistencia Urgencia, dolor no vuelve)

4.-Culpa o Negligencia

Es el elemento fundamental: la asistencia negligente, imprecavida o inobservante.... Exigible para que daño sea atribuible al agente al que se imputa la acción u omisión.

Ex. Art. 1902 y doctrina la responsabilidad es subjetiva. La carga de la prueba recae sobre la persona que reclama y ha sufrido el daño.

CULPA en sus distintos matices:

- Por imprudencia (Hago lo que no debo. La grave supone la eliminación de la atención mas absoluta y la inadopción de los cuidados más elementales, Temeridad-,
- Por Negligencia –no hago lo que debo. Descuido-,
- Impericia –hago lo que no se- ,etc...)

Negligente va a ser el error diagnóstico, el retraso en la atención, en la intervención quirúrgica, demora en los procedimientos básicos para el diagnóstico, la ausencia del seguimiento de un paciente tras un ingreso, obrar con descuido, abandono o apatía (SAP-Cadiz 04/09), la incorrecta aplicación de un tratamiento, un alta prematura

La negligencia puede ser grave aunque el daño sea mínimo (APAvila 6/10: doble dosis de lo recomendado de paracetamol a un menor sin secuelas

C) OTROS CRITERIOS DE IMPUTACION EN LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL (Objetivos)

La culpa virtual -El daño desproporcionado

Muchas sentencias han recogido esta teoría, entre ellas la STS de 9 de diciembre de 1999 (Ponente Sr. García Varela) en la que se dice que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño despro-

porcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS 29 de junio del 1999, "corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (aparición de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima".

El DD No es un criterio de imputación. Pero modifica la carga de la prueba y exige al médico una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, probar su diligencia. Probar la buena praxis eliminará el daño desproporcionado.

La pérdida de oportunidad

Es un daño antijurídico. Aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de salud con la garantía de que al menos van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias....

En otras palabras "tienen derecho a que no se produzca una falta de servicio....

Con independencia de cuales hubieran sido los resultados si se hubiesen realizado a tiempo esa tardanza en intervención quirúrgica, retrasos de diagnósticos, el paso del tiempo sin el tratamiento adecuado, demorar en exceso la práctica de una resonancia magnética, retrasar una biopsia, alargar la estancia en UCI que aumenta el riesgo de infección... constituyen por sí mismos un daño indemnizable.

Excepciones: no hay retraso de diagnóstico en una patología asintomática (JCAAdv 3 de Palma Mallorca)

O cuando la tasa de alcohol impide la operación.

- Aquí podemos incluir también el error diagnóstico que va a ser sancionado como daño material pero también como una pérdida que lo asemeja al daño moral.
- Otra línea jurisprudencial afirma que el error de diagnóstico de una patología no supone una infracción de la *lex artis* si se han realizado las pruebas adecuadas y necesarias (¿? Mesa AMA en el Congreso Sanitario)....)

Sección 5ª de la APZaragoza 13.03.13 (exploración errónea de un menor en urgencia que principia un proceso que termina en fallecimiento) solamente se incurre en responsabilidad cuando se trata de un diagnóstico equivocado interviniendo manifiesta negligencia. En este caso la enfermedad se encontraba en estado incipiente por lo que no era posible el diagnóstico. Obstrucción intestinal. Una prueba complementaria, no indicada en protocolo, hubiera arrojado un resultado inespecífico

Responsabilidad Objetiva: Arts. 25,26 y 28 de la Ley 28/1984 DCU Art. 148 RDL 1/2007. .Salvo culpa exclusiva propia o de dependiente... Aplicable a: Aseguradora Médica. Centro Sanitario

Estos preceptos constituyen la denominada “responsabilidad difusa” en relación con los servicios sanitarios

Esta Ley establece, en su artículo 28, un sistema objetivo de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo. Esta apreciación supone un cambio en la carga de la prueba de la negligencia médica, ya que dicho artículo permite atribuir la responsabilidad al hospital sin necesidad de probar previamente la culpa o negligencia de su personal médico.

La jurisprudencia nos dice que se ha aplicado más a centros sanitarios que a profesionales individuales y que para estos últimos se ha cuestionado la aplicación del régimen

Aquí puede plantearse impletar la teoría o responsabilidad por riesgo (también en el daño desproporcionado, determinados supuestos de medicina satisfactiva y ex. LCU) que viene a suponer que quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, responderá con las consecuencias de los daños que de aquél se origine, salvo que se acredite que los daños se ocasionaron por culpa exclusiva del paciente o que tuvieron un origen meramente fortuito o se desarrolló fuera del ámbito de la actividad propia de la persona o entidad a quien se impute la responsabilidad. Se atribuye al empresario adoptar las máximas medidas de seguridad y protección para garantizar la exención de riesgo en todas aquellas facetas ligadas al ejercicio de la actividad que le es propia.

D) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR HECHO AJENO (1903 C.Civil) • Personas por las que se deba responder. Culpa in vigilando o culpa in eligiendo

Los supuestos anteriores son aquellos por los que se responden por hechos propios.

Pero es posible la responsabilidad por hecho de otro. Su fundamento es la presunción de la culpa, que puede consistir en una falta de vigilancia o descuido (“culpa in vigilando”) o en una desacertada o inadecuada elección (“culpa in eligendo”).

Aquí hay una diferenciación entre el causante material del daño y el obligado a responder por ese daño causado.

Vg.- como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en virtud del artículo 1903 del Código civil. La obligación que impone el artículo es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

La clínica es responsable de los actos y omisiones de sus empleados (APMadrid 30.6.11 S8) en el hecho dañoso intervinieron personas que estaban bajo la jerarquía y supervisión de la clínica, como las enfermeras responsables del material quirúrgico.

Suicidio con máxima vigilancia (absolución)

Y ello hay que entenderlo desde el prisma de lo que se conoce como culpa anónima, culpa indeterminada o culpa dependiente del anónimo, que surgen por "déficit asistencial" cuando las deficiencias acreditadas en el proceso médico pueden ser imputables al personal que pertenece o presta sus servicios en la clínica dentro de la organización sanitaria de la misma habiendo incurrido en culpa causante del daño. (responsabilidad difusa ex. LCU)

El TS se fija en la complejidad de los centros sanitarios en los que la prestación de las atenciones se opera por diversos profesionales, no solo de la medicina (obstetricia, cirugía, análisis, oftalmología) sino incluso de distinta categoría sanitaria (doctores, médicos, enfermeros, fisioterapeutas...) siendo la administración responsable directo de su funcionamiento y de sus actividades sanitarias.(STS 16.12.87)

Vg. 07/09 STSCivil: 1.000.0000 por retraso en cesárea: el médico no responde de los fallos organizativos.

04/12 STSCivil 276.000 condena la falta de organización por el retraso diagnóstico de peritonitis

Vg. 06/11 STSJ Cataluña: no derivar cuanto es preciso se paga por mala organización

09/11 STSJCyL La desorganización es impune si no varía el curso de la patología

El fundamento: el daño debe ser imputado no al causante material sino al descuido de la persona a la que la Ley hace responsable del daño aun no siendo el autor material. De ahí la separación entre autor material y responsable.

El art. 1904 contiene un caso de responsabilidad cuasiobjetiva carga de probar la diligencia empleada en relación a las medidas de control, a la vigilancia y a la adecuada elección del personal...El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho dice que son igualmente responsa-

bles lo directores o dueños de un establecimiento o empresa de los daños causados por sus empleados en el ejercicio de sus funciones. Requiere una relación jerárquica o de dependencia. La Jurisprudencia la fundamenta en su *culpa in vigilando o in eligendo*, ya que permite también demostrar que hicieron lo posible para evitar el daño, pero la Jurisprudencia también exige una vigorosa prueba de la diligencia empleada. Además, tiene que demostrar que no incurrió en culpa.

Se impone esta obligación cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona.

La responsabilidad por hechos ajenos aparece regulada en el artículo 1903 del Código Civil, cuyo primer párrafo dispone que:

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

La responsabilidad civil de los empresarios: Señala el párrafo 4º de este mismo artículo que: *“Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.* Se requiere una relación de dependencia entre el empresario y el causante del daño, quien debe actuar en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Ahora bien, el Tribunal Supremo viene manteniendo un criterio muy flexible sobre los requisitos de la relación de dependencia, admitiendo que la misma existe siempre que una persona realice un trabajo por encargo de otra, o con su aquiescencia o autorización.

Sensu contrario, el facultativo no responde de los fallos organizativos que causan un daño, en estos casos es el centro quien asume la obligación de responder ante el paciente (J1INS11Valencia 1/11: facultativos responsables de la intervención –absolución- y del sondaje –daño- sin relación entre ellos)

E) PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN (ART. 1902 Y 1903 C.C.)

El punto de partida o dies a quo no puede iniciarse hasta tanto como muy bien dice el legislador las acciones pudieran ejercitarse

El plazo del ejercicio de esta responsabilidad civil en la jurisdicción civil es el de un año (1968.2 Ccivil La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado) desde el momento (*Artículo 1969* El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse)

en que se produce el daño, la curación o la determinación del alcance de las secuelas, según los casos.

La teoría o cuestión de los daños continuados (STS 3ª 4.10.2004) determina que el año comienza desde la estabilización de las secuelas)

Es decir desde el momento en que resulta posible conocerse las dimensiones fácticas y jurídicas y el alcance de los perjuicios sufridos.

Pasado el cual prescribe la acción para reclamar. Si hay lesiones, desde su determinación, consolidación u objetivación (principio de *actio nata*). No hay que esperar a una declaración de ITTotal. Desde el Diagnóstico definitivo y firme. La valoración de una situación de minusvalía o un Alta Hospitalaria.

F) SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Los Arts 11. Tercero de la Ley 2/2007, de 15 de Marzo, de Sociedades Profesionales y Art. 46 de la Ley 44/03 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, exigen al profesional la cobertura del riesgo por su actividad profesional a medio de un seguro de responsabilidad civil.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) Responsabilidad contractual: Art. 1101 C. Civil

El Art. 1101 *del Código Civil, fundamento de la responsabilidad contractual* (Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.)

Según el Art. 1544 En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto

Así, en estos casos la relación del médico y su paciente deviene en virtud de un contrato o negocio jurídico entre ambos del que van a nacer derechos y obligaciones recíprocas y cuyo principal exponente obligación al es el Art. 1091 CC: *"las obligaciones de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse conforme a los mismos"*

En la medida en que nuestro Código Civil regula separadamente el régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en teoría, lo primero que habrá que determinar es si entre paciente y el prestador de asistencia sanitaria media o no un contrato escrito, en cuyo caso nos encontramos en la responsabilidad contractual, con matices de extracontractual –A.Servicios- o propiamente de obra y contractual.

En todo caso, en 2009 los expertos en derecho sanitario decían que Los implantes dentarios, junto con la cirugía estética y la vasectomía son las excepciones de la culpa extracontractual. Aquí quebraría el principio de que la Medicina es una ciencia de medios. Aquí es de resultados y la culpa es contractual.

Distinción fundamental en materia de RC... aquí la obligación es de resultados, pues el paciente opta de forma libre por someterse a una determinada operación.

Por tanto distinguiremos en principio entre Medicina curativa, necesaria o asistencial, de medios y Medicina satisfactiva, voluntaria, resultado.

Pero es criterio dominante la desaparición de esta clasificación bimembre de la medicina atendida la dificultad de distinguir una y otra en muchos casos y la íntima relación entre ambas. Razones (vg)

- Según la OMS la salud es " el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solo la ausencia de enfermedad"... a partir de aquí cual es el verdadero alcance de la medicina satisfactiva.... Nos llevará a cada caso concreto.... (SAPMadrid /11).... O sea, seguridad jurídica.
- Quien se somete a una intervención para embellecer la nariz no lo hace asépticamente por el solo hecho de resultar más atractivo pudiendo existir por debajo conflictos relacionados con la repercusión psicológica que le hace afrontar esas molestias y el eventual riesgo que comporta la intervención.
- Esta reconocido que la seguridad absoluta de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.

Así actualmente podemos decir Vg.-

El tratamiento de fertilidad no es medicina de resultado

La operación de miopía es de medios

La odontología tampoco es medicina de resultado (SAPMadrid 6/11

En estética no se exige resultado pero si buena praxis (J1InsMarbella 4 2/11)APHuelva 12/10)

B) CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Con el Médico

Aquí nos encontramos con un escenario similar al de la responsabilidad extracontractual.

La prestación de servicios de la profesión médica, en general, debe encuadrarse como una obligación de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en con-

sonancia con el estado de la ciencia y de la denominada «lex artis ad hoc». Es decir, “tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar” (SSTS de 25 de junio de 2003 y 31 de julio de 1996).

No nos encontramos ante una obligación de resultado, esto es, lograr la salud del paciente, sino de medios: la obligación consiste en suministrar todos los cuidados necesarios al paciente sin que la curación se encuentre dentro del ámbito de su responsabilidad.

En el contrato de prestación de servicios se debe una actividad, sin tener directamente en cuenta el resultado del servicio

Con la aseguradora de asistencia sanitaria

La responsabilidad de las ESAS excede de la simple gestión asistencial ya que debe garantizar la idoneidad de los medios materiales y personales, máxime si se tiene en cuenta que el médico no es elegido por el paciente asegurado, sino que viene impuesto por la entidad aseguradora y desde esa relación puede ser responsabilizada por la actuación de los facultativos.

De esta manera se considera a la entidad aseguradora no como un mero intermediario entre el facultativo y el paciente asegurado, sino como el garante de un servicio sanitario por el que tendrá que responder.

A resultas del contrato con el asegurado TS: doctrina sobre responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria: la aseguradora garantiza y asume el deber de prestación directa de la asistencia sanitaria.

Jurídicamente los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora, correspondiendo a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación.

Es criterio de imputación objetiva cuando aparece que la posición de la cia no es de mero intermediario sino la de garante del servicio.

Pero en todo caso hay responsabilidad solidaria del médico con la aseguradora frente al paciente y de la eventual acción de regreso de la aseguradora frente a él.

Hay veces que oponen que el contrato firmado con el facultativo las exonera de responsabilidad ante mala praxis. Los tribunales viene diciendo que lo que recoja el contrato no puede extenderse sus efectos a los pacientes afectados por las conductas negligentes, además puede concurrir vinculación profesional entre medico y cia, ya que la aseguradora realiza controles previos o posteriores a la actuación de los facultativos al dotándoles de guías y protocolos de practica clínica

En todo caso la relación entre sanitarios y pacientes de aseguradoras de AS la relación es extracontractual

El TS viene condenando a las entidades de seguros de asistencia sanitaria - ADESLAS, ASISA, DKV, SANITAS- al pago de las indemnizaciones derivadas de los actos médicos de las clínicas que se integran en su ámbito de prestación de servicios.

Con la mutua patronal de accidentes de trabajo y enfermedad profesional

La vinculación del médico con una mutua en la atención de paciente trabajador deriva en una responsabilidad civil pero a deducirse en sede de la jurisdicción contencioso administrativa.

- La D.A.12ª de la Ley 30/92, LRJAP y PAC, sobre Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, regula que : *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.*

El Auto de 13.12.10 de la Sección Segunda de la A.P. Badajoz, de incompetencia, nos recuerda que en esta jurisdicción el profesional médico que prestó la asistencia se equipara al personal al servicio de la Administración Pública.

(Las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, a nuestros efectos, deben ser consideradas jurídicamente Administración Pública, por cuanto realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud, siendo entidades colaboradoras de la Administración Pública Sanitaria en la gestión de la Seguridad Social en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)

Con un Centro Sanitario

Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y un Centro sanitario.

El denominado "contrato hospitalario", "contrato de clínica" o "contrato de hospitalización" es aquel concertado directamente por el paciente con una Clínica privada y que aparece como un contrato atípico y complejo que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según bajo la modalidad bajo la que se haya estipulado.

C) Contrato de arrendamiento de obra

Algunos supuestos. Partes contratantes

La excepción a todo lo expuesto hasta aquí la encontramos en los casos en los que el facultativo pacte o garantice expresamente el resultado...

En la ejecución de obra el objeto de la prestación debida es el resultado final. Responde a la obligación de resultado, cuando la labor del médico no consiste en curar sino en realizar una intervención satisfactoria para obtener un resultado específico: Así, la mejora del aspecto físico o estético, tratamiento dentales, o de esterilización.

- Obligación de Resultado es intensificar la exigencia de responsabilidad, afinar más en la realización de estudios previos y despliegue de medios al servicio de una técnica por la que, al menos, es exigible un resultado que no empeore sino que mejore el estado de cosas anterior (SAPHuelva)
- No basta la Información de los riesgos que se consideren más habituales o más graves, sino de todos, la información debe ser completa porque dado que no viene prescrito el acto médico por motivos curativos, la paciente debe conocer cuáles pueden ser las consecuencias habituales y no habituales.
- La Información que ha de prestarse ha de ser exhaustiva por constituir en una obligación de conseguir un resultado concreto.
- Y se constituye en responsabilidad objetiva. Una actividad de medios dará lugar a la necesidad de existencia de algún grado de "culpa" por parte de su autor pero en una actividad de resultado no va ser necesario
- STS 349/98, de 25.04: son casos en los que la medicina tiene un carácter marcadamente voluntario, es decir, el interesado acude al médico no para la curación de una dolencia patológica sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, por lo que el contrato se asemeja de manera notoria al contrato de obra que propicia una mayor exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue....
- En cirugía voluntaria prevalece el interés que busca el cliente (SAP Cantabria 0c/11).

Pero hay que orientar al paciente sobre el riesgo de su opción (S9AP Madrid 7/11) no se trata de seguir las indicaciones de la paciente que no puede asumir determinados riesgos sin conocer sus efectos....

Vg.- El contrato que tiene como único objeto realizar una concreta operación estética participa de la naturaleza de arrendamiento de obra

E) Plazo de Ejercicio de la Acción: Art. 1101 CC

El ejercicio de esta acción, contractual, es de 15 años desde la producción del daño o resultado insatisfactorio.

REFLEXIONES FINALES

La evolución de la doctrina en esta materia lleva a actualmente a afirmar, sin perjuicio de todo lo expuesto hasta ahora que:

- a) El Tribunal Supremo ha terminado expresamente con la distinción de obligación de medios/resultado.
- b) Ahora siempre es de medios, incluso en estética salvo que conste escrito compromiso de resultado concreto, porque " No es tajante la distinción entre una medicina y otra, pues actos médicos que se presentan como medicina satisfactoria, sin embargo, tienen un fundamento de restablecimiento de la salud de gran importancia "...
- c) Se ha reforzado la tesis de la responsabilidad subjetiva y terminado casi totalmente con las teorías de objetivación de la culpa como el tema de la culpa virtual, reversión de la carga de la prueba, daño desproporcionado –que ha dejado de ser un criterio de imputación-, etc.....
- d) Se ha reforzado la responsabilidad del seguro médico incluso cuando se trata de seguros sin cuadro facultativo propio.
- e) Se ha fijado como buena la admisión de la acción directa en la jurisdicción civil contra la aseguradora de la administración, vía art. 76 Ley de Contrato de Seguro.

Todo ello es mi parecer que cede ante otro mejor fundamentado en Derecho.

LOS COLEGIOS DE MÉDICOS ANTE LAS MALPRAXIS MÉDICAS/ RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA

Mariano Casado Blanco

Médico. Presidente de la Comisión de Deontología del icomBA y
Secretario de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.

INTRODUCCIÓN

Un hecho, incuestionable y merecedor de tenerse muy presente, es que los médicos prestan un servicio público, en el sentido de que éste lo es tanto a sus pacientes como al conjunto de la sociedad. Esta función viene delimitada tanto por normas generales como específicas, reguladas estas por la Deontología Médica (*deontós, deber y logos, tratado*), como parte de la propia "*lex artis*" que establecen normas de conducta y comportamiento para tratar de garantizar, no sólo la defensa de los intereses de los pacientes sino también aquellos que afecten a la corporación médica en su conjunto.

El término deontología profesional hace referencia al conjunto de principios y reglas éticas que regulan y guían una actividad profesional. Estas normas determinan deberes mínimamente exigibles a los profesionales en el desempeño de su actividad. Por este motivo, suele ser el propio colectivo profesional quién determina las normas y, a su vez, se encarga de recogerlas por escrito en el Código de Deontología.

Aplicado este concepto a la Medicina, hablamos de lo que es justo y conveniente para el ejercicio de esta profesión, es decir, la relación del médico con sus pacientes, la sociedad y sus compañeros, todo lo cual queda descrito en un texto que contiene el conjunto de reglas y normas que constituyen el "Código de Deontología Médica".

En este capítulo trataremos de analizar cómo el incumplimiento de los deberes deontológicos médicos, puede poner en marcha la potestad disciplinaria que poseen los Colegios de Médicos sobre sus colegiados.

En virtud de esta, los órganos colegiales a través de su propio procedimiento disciplinario, pueden imponer sanciones a los colegiados que incumplan los deberes éticos y deontológicos, de carácter profesional.

Por consiguiente ante la petición de responsabilidad de un médico, por algún tipo de conducta desleal o anormal, no sólo puede dar lugar a sanciones judiciales o institucionales, impuestas respectivamente por la administración de justicia y por los propios órganos administrativos sanitarios, sino que también puede conllevar una sanción colegial de tipo disciplinario.

Conviene precisar que las normas deontológicas aunque en principio, son un conjunto de reglas basadas en los principios generales de la ética médica, también incorporan valores sociales, lo cual orienta hacia un mejor ejercicio de la profesión médica, cuya dignidad y prestigio interesa tanto a los médicos como a la sociedad en su conjunto, aportando garantías al ciudadano y a los demás miembros de la profesión médica.

Ahora bien, dichas normas no son sólo simples reglas de conducta sino que, su incumplimiento lleva aparejada una determinada sanción, lo que le da un concepto y contenido de deberes profesionales normativizados y exigibles.

Un médico al colegiarse y formar parte del Colegio, sabe o inexcusablemente debe saber cuáles son sus obligaciones, sus deberes y en consecuencia, las posibles reac-

ciones disciplinarias que pueden derivarse del incumplimiento de dichas normas. Por ello, resulta evidente y básico, el conocimiento del Código de Deontología, como conjunto de normas de conducta que forman parte del propio ejercicio del médico.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL

Es cierto que la Organización Médica Colegial en España cuenta con una profunda y firme estructura para valorar las actitudes que pudieran ser contrarias a las normas deontológicas.

Tratando de exponer la intervención de los Colegios Oficiales de Médicos en los temas referidos al régimen disciplinario, parece oportuno exponer de una forma rápida los antecedentes relativos a la constitución y reglamentación de los Colegios de Médicos de España.

Si tenemos que fijar la fecha de su inicio, esta la podemos datar a lo largo del siglo XIX, la cual fue amparada por el creciente asociacionismo corporativo que se vivía en la España de aquel entonces y que se vio sustentada legalmente por la promulgación de la Ley de Sanidad, de 28 de noviembre de 1855, y más concretamente cuando, en su artículo 80, se anunciaba la creación de Jurados médicos y de calificación, a los que se le concedía potestad disciplinaria y deontológica sobre los profesionales.

“Con el objeto de prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometan los profesores en el ejercicio de sus respectivas facultades, regularizar en ciertos casos sus honorarios, reprimir todos los abusos profesionales á que se puede dar margen en la práctica, y á fin de establecer una severa moral médica, se organizará en la capital de cada provincia un jurado médico de calificación, cuyas atribuciones, deberes, cualidades y número de los individuos que le compongan , se detallarán en un reglamento que publicará el Gobierno , oyendo al Consejo de Sanidad”.

Durante esta época, los problemas de ejercicio de la medicina que la política del siglo XIX había generado, y con la finalidad de solucionar la situación se emprendió la organización de una estructura legal normalizada y auspiciada por el Estado sobre la que asentar una estructura corporativa médica nacional, cuya presencia formal llegó con la promulgación de los “Estatutos para el régimen de los Colegios de Médicos” aprobados por Real Orden de 2 de abril de 1898 constituyéndose los Colegios de Médicos en las capitales de provincia, y concediéndoles amplias facultades así como la determinación de la colegiación como requisito obligatorio para el ejercicio profesional. De esta manera se llenaba el vacío disciplinario, docente y corporativo que resultó imposible de alcanzar durante el siglo XIX.

Ya en el siglo XX y más concretamente en el año 1904, mediante la Instrucción de Sanidad se reiteró la constitución de los Colegios, los cuales absorbían las jurisdicciones de los Jurados médicos Profesionales, y para aquellas capitales donde no existiera colegio se permitía la subsistencia de los mismos Jurados con atribuciones equivalentes, aunque más restringidas.

El gran dilema acerca de si debía ser obligatoria o no la colegiación, generó un encendido debate que duró hasta el año 1917, habiendo pasado por tres períodos: Fase preestatutaria (1893-1898), Fase de colegiación obligatoria (1898-1904) y Fase de colegiación voluntaria (1904-1917) y que culminó con la aprobación de Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de mayo de 1917, y que establecía que a la vez que se creaba el Colegio Príncipe de Asturias para huérfanos de médicos, se establecía la constitución inmediata de Colegios Médicos con carácter obligatorio.

A estos les siguieron los Estatutos de 2 de abril de 1925, que perfeccionaron la estructura, funcionamiento y competencia de los organismos representativos de la clase médica española.

Por R.D. de 27 de Enero de 1930 se aprobaron los nuevos Estatutos de los Colegios Oficiales de Médicos con el innegable acierto de dar vida al Consejo General de Colegios, como organismo representativo de carácter nacional y que sirvió de ejemplo o modelo a las restantes organizaciones profesionales sanitarias e incluso a las ajenas.

El transcurso del tiempo con su indudable repercusión sobre el sistema administrativo y de todos los organismos públicos, motivó la aprobación de nuevas disposiciones estatutarias. Así se aprobaron sucesivamente la Orden de 18 de enero de 1938 y la de 30 de octubre de 1940, las cuales establecieron las características de composición y funcionamiento tanto del Consejo así como de los órganos provinciales y comarcales.

Fue en noviembre de 1944 cuando se promulgó la Ley de Sanidad, la cual dedicaba su base 34 a la Organización Médica Colegial, para posteriormente llevarse a cabo algunas modificaciones, concretamente por medio de la Orden de 14 de octubre de 1945.

La Orden de 26 de enero de 1967 aprobó un nuevo Reglamento para la Organización Médica Colegial que fue desechado por ésta, por lo que el 1 de Abril de 1967 una nueva Orden Ministerial aprobó el Reglamento de la Organización Médica Colegial y que años más tarde, concretamente en 1980, se vio modificado por Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo de 1980, que regulaba los Estatutos generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, aunque estos últimos posteriormente fueron modificados mediante el Real Decreto 757/2006, de 16 de junio, por el que se aprobaron los Estatutos generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

El artículo 36 de la Constitución Española reconoce a los Colegios Profesionales, como una corporación de intereses profesionales y establece una reserva de ley para

regular las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, el artículo 1.1º de la ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales los define como *“corporaciones de derecho público amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”*.

Respecto a la naturaleza jurídica de los Colegios, se deduce, a partir de las sentencias del Tribunal Supremo, que poseen una naturaleza mixta, como base asociativa y como corporación de Derecho Público. Igualmente lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando afirma que son *“corporaciones sectoriales, representativas de intereses profesionales que se constituyen para defender los intereses privativos de sus miembros, pero que también cumplen fines de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, etc.)*, ello justifica la opción diferida al legislador para regularlos” (SSTC 123/1987 y 23/1984).

Como recoge la Ley de Colegios Profesionales una de las funciones de los Colegios de Médicos es la disciplinaria y la sancionadora. Así en su artículo 5º i), atribuye a los Colegios Profesionales *“la función de ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”*. Del mismo modo y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981, los Colegios profesionales son una institución idónea para juzgar las conductas profesionales en la medida en que *“no constituyen obstáculo a la correcta apreciación de los hechos por quienes participan de las mismas funciones y obligaciones que el inculpado y, por tanto, conciben debidamente las reglas morales por las que se rigen”*.

Por tanto la función disciplinaria se especifica en el apartado t) del artículo 5ª de la Ley de Colegios Profesionales, cuando establece que los Colegios han de *“cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos Profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales, en materia de su competencia”*. Y por último, el artículo 6º.3g) de la citada Ley señala que la materia en relación al régimen disciplinario deberá estar regulada por los Estatutos del Colegio profesional.

COMISIONES DE DEONTOLOGÍA EN LOS COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS

Dentro del organigrama expuesto, se establece que de forma obligada en cada Colegio provincial exista una Comisión de Deontología, con la misión de asesorar a la Junta Directiva en cuestiones relacionadas con las materias de su competencia, que no son otras que las de tipo deontológico.

Como bien indican los Dres. Bátiz y Monés en su capítulo del Curso de Experto en Ética Médica, desarrollado por la propia O.M.C., *“estas comisiones deontológicas son necesarias y además es lo que justifica la propia existencia de los colegios de médicos ante la sociedad”*.

No sería fácil justificar su existencia, sin la exigencia ética que representa el Código de Deontología Médica y la presencia en los colegios de médicos de las comisiones de deontología. Por todo ello, es lógica la exigencia de su presencia como así queda reflejado en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos:

Artículo 30

En los colegios provinciales existirá con carácter obligatorio una Comisión de Deontología, Derecho Médico y Visado. El nombramiento de los miembros de la misma los efectuará la Junta Directiva. Es función de la Comisión asesorar a la Junta Directiva en todas las cuestiones y asuntos relacionados con las materias de su competencia, en los modos y términos que señalen los Estatutos de cada Colegio.

Artículo 34

Los Colegios Provinciales de Médicos tienen las siguientes competencias:

- *Aplicar las normas deontológicas que regulen el ejercicio de la Medicina.*
- *Requerir a cualquier colegiado para que cumpla sus deberes éticos o legales de contenido profesional.*
- *Sancionar los actos de los colegiados que practiquen una competencia desleal, cometan infracción deontológica o abusen de su posición como profesional médico.*
- *Ejecutar las sanciones impuestas por infracciones deontológicas.*

La labor fundamental que ha de tener la Comisión de Deontología siempre ha sido y, es la aplicación del Código de Deontología Médica. Esta función es importante ya que de su formalidad y aptitud va a depender la buena notoriedad social y profesional de nuestros colegios de médicos y de sus colegiados.

La actuación de las comisiones deontológicas se vió refrendada por la sentencia del Tribunal Constitucional, 219/1989 de 21 de diciembre, que exponía que *las normas deontológicas no son un mero catálogo de normas y de deberes morales, sino que tienen consecuencias disciplinarias, que establecen deberes de obligado cumplimiento para los médicos, no pudiendo ningún colegiado, que tiene una relación especial de sujeción con su colegio profesional, ignorar el hecho de que establecen deberes, ya que no son simples aspiraciones de comportamiento deseables, sino que su vulneración condiciona una determinada sanción administrativa, delegada por la Justicia al colectivo médico.*

La deontología se refiere a las Reglas y Normas que regulan el ejercicio de la profesión. Estas normas no se discuten, deben respetarse en el ejercicio, y la falta de respeto es sancionable, ya que constituyen la garantía básica para ejercer la profesión.

De hecho, han sido sancionadas trasgresiones éticas y deontológicas de los profesionales de la medicina en el ejercicio de su actividad profesional y también de los deberes colegiales; y que en consecuencia, las normas deontológicas tienen valor de normas legales, de obligado cumplimiento para los colegiados, sin que puedan ser invocadas exclusivamente como un simple marco de referencia moral.

COMITÉS AUTONÓMICOS DE DEONTOLOGÍA

En todas las CCAA, existe una Comisión o Comité de Deontología Autonómico. Se trata de organismo superior de apelación en caso de que un médico sancionado lo considerara oportuno, por considerar inadecuada la resolución tomada en su caso, la junta directiva de su colegio provincial.

Estas Comisiones o Comités, son nombradas por los consejos autonómicos de Colegios Profesionales de Médicos, y están formadas por médicos de prestigio y con conocimientos en Ética y Deontología médica y en número proporcional al número de colegiados de cada colegio provincial. Las comisiones de deontología autonómicas nombradas y respaldadas por los consejos autonómicos, tienen las funciones, no solo de resolver los recursos de las sanciones a colegiados de la autonomía, sino también por velar por la ética médica en la autonomía, de proponer a las juntas directivas aquellas actuaciones que consideraran necesarias para la defensa de la ética y la deontología médica.

En cuanto a la valoración de los expedientes disciplinarios, al igual que las Comisiones provinciales se encuentran sometidas al propio Código de deontología así como a los Estatutos de la O.M.C. y a los propios Estatutos del Consejo de Colegios de Médicos de la Comunidad Autónoma.

COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA

La Comisión Central de Deontología del Consejo General de la OMC, es el máximo órgano de la Deontología Médica española a la vez que actúa como órgano de apelación de las resoluciones de aquellas e incluso de las autonómicas.

Está regulado por el artículo 32.1 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial:

“Al Consejo General le están atribuidas específicamente las siguientes misiones en orden a la defensa y promoción médica y científica: En materia deontológica la vigilancia del ejercicio profesional, el control de la publicidad y propaganda profe-

sional, y de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación social que tengan carácter o hagan referencia profesional y puedan dañar a la salud pública o a los legítimos intereses, prestigio y dignidad tradicionales de la profesión médica.

A tal efecto se constituirá en el seno del Consejo General una Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado para asesorar al Consejo en todas las cuestiones y asuntos relacionados con la materia de su competencia, informar los recursos interpuestos ante el Consejo contra las decisiones de los Colegios en estas cuestiones y tramitar las comunicaciones que corresponda elevar a la Administración en estas materias”.

La Comisión Central de Deontología tiene como máxima responsabilidad, la defensa de la ética y deontología médica española. A ella llegan los recursos de los colegios provinciales. Además elabora y revisa el Código de Deontología, elabora las declaraciones deontológicas y organiza actividades de formación sobre temas de su competencia.

Esta Comisión Central está formada por 12 miembros expertos en ética médica que son elegidos por la Asamblea General de Presidentes de colegios de médicos, a propuesta de las Juntas Directivas del Colegio provincial o autonómica.

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE LOS EXPEDIENTES POR PARTE DE LAS COMISIONES DE DEONTOLOGÍA

Hasta aquí, hemos querido exponer el sustento legal que poseen los Colegios de Médicos en cuanto a su capacidad sancionadora, en este siguiente apartado trataremos de explicar el procedimiento disciplinario del que se dotan los Colegios.

En principio indicamos que estas actuaciones de tipo disciplinarias no tienen nada que ver con los denominados Tribunales de Honor, y prohibidos por nuestra Constitución en su artículo 26: *“se prohíben los Tribunales de honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales”.*

Estos Tribunales de honor estaban compuestos por *“compañeros de profesión”* y en ellos se juzgaban los *“actos y conductas deshonorosas”*; los fallos se adoptaban *“en honor y conciencia”* y las resoluciones implicaban, únicamente, o bien la absolucón, o bien la expulsión del Colegio, siendo, por lo general, el único motivo de impugnación el de quebrantamiento de forma.

Como ya se indicó anteriormente, los médicos tienen una serie de deberes y obligaciones, que se encuentran regulados en los Estatutos Profesionales y en el Código de Deontología, y la respuesta a su incumplimiento se materializa en una determinadas sanciones que pueden afectar de forma importante al ejercicio de su actividad profesional.

La inobservancia de lo dispuesto en las normas deontológicas comportan una sanción de tipo disciplinaria impuesta por el propio Colegio de Médicos e incluso puede llegar a una sanción de tipo penal.

Los Colegios de Médicos, como corporaciones de derecho público, gozan de una clara autonomía corporativa e incluso la Ley le otorga potestades normativas y disciplinarias para ordenar la actividad profesional de los colegios y controlar y vigilar el ejercicio de la profesión médica.

Por esta vía, los Colegios de Médicos, a través de su propio procedimiento disciplinario, podrán imponer sanciones disciplinarias a los colegiados cuando lleven a cabo comportamientos contrarios a lo dispuesto en el Código de Deontología.

INICIACIÓN

1. El procedimiento se iniciará de oficio por acuerdo o resolución de la junta de directiva a iniciativa propia o a petición razonada de otros órganos, siempre que ocurra una denuncia contra algún colegiado. Dicho acuerdo será comunicado al denunciante.
2. La junta directiva antes de la incoación del procedimiento podrá acordar la apertura de una información reservada con la intención de conocer mejor y con mayor profundidad las circunstancias del caso concreto y evaluar la posibilidad de incautación del correspondiente expediente o el archivo de las actuaciones.
3. La junta directiva una vez incoado el expediente sancionador, podrá adoptar medidas cautelares provisionales que sean imprescindibles para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. La adopción de estas medidas requiere un acuerdo motivado y la audiencia previa de la persona afectada.
4. En la resolución por la cual se incoa el procedimiento, la junta directiva nombrará instructor que recaerá en un colegiado que tenga una cierta antigüedad (generalmente se recomiendan al menos diez años de colegiación). La junta directiva o el instructor, cuando la junta le delegue, nombrará el secretario del expediente entre colegiados o entre letrados del propio colegio.
5. Si el instructor apreciase que la presunta infracción pudiera ser constitutiva de un ilícito penal, lo pondrá en conocimiento de la Junta Directiva para que decida sobre su comunicación al Ministerio Fiscal y la suspensión del expediente hasta que haya un pronunciamiento judicial.
6. Si el instructor tuviera conocimiento de que paralelamente se siguen diligencias judiciales, acordará la suspensión provisional mientras dure el proceso judicial.
7. Como cualquier procedimiento, el médico expedientado tiene una serie de derechos: a) presunción de inocencia; b) conocimiento de los hechos que se le

atribuyen, las sanciones que tales conductas pueden constituir así como las sanciones que se le pueden imponer, conocer la identidad del instructor, la del órgano competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia, que en este caso son los Estatutos Generales de la O.M.C. y del propio Colegio Oficial de Médicos; c) derecho a no declarar en su contra, a formular alegaciones y a utilizar los medios de defensa que resulten procedentes y que sean admitidos por el ordenamiento.

ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

1. Serán de aplicación al instructor y al secretario las normas relativas a la abstención y recusación establecidas en el procedimiento administrativo común.
2. El derecho a la recusación se podrá ejercer en el plazo de diez días desde que el interesado haya tenido conocimiento formal de los nombramientos de instructor y secretario. La abstención y recusación se plantean a la junta directiva, la que debe resolver motivadamente, sin posibilidad de recurso ulterior.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

1. El instructor dispondrá la práctica de todas las diligencias adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos, la aportación de los antecedentes que estime necesarios y, en particular, de todas las pruebas y actuaciones, incluida la declaración del expedientado, conducentes a aclarar los hechos y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción.
2. Practicadas las actuaciones citadas el instructor formulará el pliego de cargos con:
 - La identificación de las personas o entidades presuntamente responsables.
 - La exposición de los hechos imputados.
 - La infracción o infracciones que estos hechos puedan constituir con indicación de su normativa reguladora.
 - Las posibles sanciones aplicables.
 - La autoridad competente para imponer la sanción y la norma que le atribuye esta competencia.
 - Las medidas de carácter provisional que se puedan adoptar, si es preciso.
3. El pliego de cargos se ha de notificar a los interesados, otorgándoles un plazo de diez días, como mínimo, para formular alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas para defensa de sus derechos e intereses.

4. Contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo sin hacerlo, el instructor admitirá o rechazará las pruebas propuestas y acordará la realización o inclusión de las admitidas y cualquier otra actuación que considere necesaria para mejor conocimiento y acreditación de los hechos.
5. Acabadas las actuaciones, el instructor, en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de la incoación, formulará la propuesta de resolución, que ha de tener:
 - Los hechos que se imputan al expedientado.
 - La cualificación de la infracción o infracciones que constituyen los hechos y la normativa que los regula.
 - La sanción o sanciones que se proponen y los preceptos que las establecen.
 - El órgano competente para imponer la sanción y la normativa que le otorga la competencia.
6. La propuesta de resolución se notificará al expedientado, el cual dispondrá de un plazo de diez días desde su recepción, para presentar escrito de alegaciones.
7. Una vez la junta directiva ha recibido las actuaciones resolverá el expediente consultando previamente al asesor jurídico del colegio, que en ningún caso será el secretario del expediente. La Junta directiva notificará la resolución al interesado.
8. La Junta directiva podrá devolver el expediente al instructor para la realización de diligencias que, se consideren imprescindibles para tomar la decisión.

En este caso, antes de remitir el nuevo expediente a la Junta directiva, el instructor, lo enseñará al expedientado con el fin de que en un plazo de diez días pueda alegar lo que estime oportuno, en cuanto a los requerimientos hechos al instructor por la Junta directiva.
9. La decisión que pone fin al expediente sancionador tiene que estar motivada y no se podrán aceptar hechos o fundamentos diferentes a los que han servido de base para el pliego de cargos y a la propuesta de resolución.
10. Contra la resolución final al expediente, podrá interponerse por parte de los interesados recurso de reposición en el plazo de un mes. Así mismo también se puede interponer de forma directa, recurso contencioso administrativo.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. Incoado expediente disciplinario por la presunta comisión de infracción grave, la Junta directiva, al comunicar la incoación y el nombramiento de instructor y secretario, decidirá si la tramitación del expediente se hará mediante procedimiento ordinario o abreviado. Se otorgará un plazo de diez días para que el expedientado comunique expresamente el procedimiento escogido. Se exceptúa

el caso que la Junta directiva considere, de manera motivada, la necesaria tramitación por el procedimiento ordinario.

2. El procedimiento abreviado se regirá por los siguientes trámites:

- a) Determinada la aplicación de este procedimiento, el instructor, a la vista de las actuaciones practicadas, formulará propuesta de resolución.
- b) La propuesta de resolución tendrá el mismo contenido que en el procedimiento ordinario.
- c) Se notificará la propuesta a los interesados para que en el plazo de diez días puedan proponer las pruebas con las que alegar lo que consideren conveniente en defensa de sus derechos e intereses.
- d) Transcurrido el plazo, después de posible realización de alguna prueba solicitada, el instructor la pondrá en conocimiento del expedientado para que en el plazo de diez días manifieste lo que considere oportuno en defensa de sus derechos e intereses.
- e) Seguidamente, el instructor, sin otro trámite, elevará el expediente a la junta directiva para su resolución.

CADUCIDAD

El procedimiento disciplinario tendrá que resolverse y notificarse en un plazo de seis meses desde la notificación del acuerdo de incoación.

El plazo se prorrogará por acuerdo de la junta directiva, a petición del instructor, cuando por la naturaleza del asunto o incidencias del expediente así lo justifique.

SOCIEDADES PROFESIONALES

1. El ejercicio de la profesión médica a través de una sociedad profesional no impedirá la aplicación de las normas indicadas.
2. Las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de la profesión que afecten a los socios profesionales serán extensivas a la sociedad, excepto en el caso de exclusión del socio responsable de los hechos, en los términos previstos en la legislación aplicable.
3. El régimen de responsabilidad establecido será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituir una sociedad. Se presume que concurre esta circunstancia cuando la actividad se desarrolla públicamente bajo una denominación común o colectiva o se emiten documentos, facturas o recibos bajo la misma denominación.

INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

Las infracciones disciplinarias son clasificadas como; muy graves, graves y leves.

Se consideran infracciones muy graves:

- a) Las previstas en el artículo 17 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y de los colegios profesionales: Son infracciones muy graves:
 - El ejercicio de una profesión sin estar en posesión del título profesional.
 - El incumplimiento de los deberes profesionales cuando de ello resulte un perjuicio grave para las personas destinatarias del servicio del profesional o para terceras personas.
 - La vulneración del secreto profesional.
 - El ejercicio de la profesión que vulnere una resolución administrativa o judicial firme de inhabilitación profesional, de declaración de incompatibilidad administrativa o profesional o de conflicto de intereses, o una disposición legal en que se establezca la prohibición de ejercer.
 - La comisión de delitos con dolo, en cualquier grado de participación, que se produzcan en el ejercicio de la profesión.²³
 - El ejercicio de profesión colegiada por quien no cumple esta obligación.
 - La contratación por empresas y entidades de trabajadores no colegiados en el caso de que el objeto de su contrato de trabajo comprenda, total o parcialmente, la realización de tareas propias de la profesión.
- b) El incumplimiento de acuerdos o decisiones adoptados por los órganos de gobierno en los que se han impuesto sanciones graves.
- c) La realización de actos que, con la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, alteren el funcionamiento normal del Colegio o de sus órganos.
- d) La reincidencia de infracciones graves. Se considera reincidencia la comisión, en el término de un año, de más de una infracción de la misma naturaleza declarada por resolución firme.

Se consideran infracciones graves:

- a) Las previstas en el artículo 17 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y de los colegios profesionales:
 - La vulneración de las normas esenciales del ejercicio y la deontología médica.
 - El incumplimiento de los deberes profesionales cuando de ello resulte un perjuicio para las personas destinatarias del servicio del profesional.

- El incumplimiento de la obligación que tienen las personas colegiadas de comunicar los supuestos de intrusismo profesional de los que sean concededoras.
 - El incumplimiento del deber de prestación obligatoria establecido por la presente ley o por las normas que así lo dispongan, salvo acreditación de causa justificada que haga imposible la prestación del servicio, después de que haya sido debidamente requerida.
 - Los actos que tengan la consideración de competencia desleal.
 - Las actuaciones profesionales que vulneren los principios constitucionales e internacionales de igualdad y de no discriminación.
- b) El incumplimiento de los deberes profesionales cuando de ello se deriven resultados perjudiciales para las personas destinatarias del servicio del profesional.
- c) La ofensa o desconsideración hacia otros profesionales colegiados o personas miembros de los órganos de gobierno del Colegio o de los Consejos Autonómicos si los hubiere o del Consejo de la Organización Médica Colegial (OMC).
- d) Incumplimiento de deberes inherentes a ser médico colegiado:
- Conocer y cumplir los estatutos colegiales.
 - Conocer y cumplir las normas del Código de Deontología.
 - Comunicar al colegio los datos personales, académicos y profesionales para el cumplimiento de las finalidades y funciones colegiales establecidas en los Estatutos o por los órganos de gobierno.
 - Abstenerse de ejercer la profesión cuando existan alteraciones orgánicas, psíquicas o hábitos tóxicos que impidan un correcto ejercicio, y comunicar al colegio su posible situación de discapacidad, comprometiéndose al seguimiento de las recomendaciones que la corporación efectúe.
 - Cumplir con lealtad las funciones inherentes a la condición de miembro o cargo de cualquier órgano colegial de gobierno o de participación.
 - Colaborar en el cumplimiento de vigilancia del ejercicio profesional.
 - Extender los certificados médicos utilizando los diferentes impresos oficiales editados y distribuidos con esta finalidad en los términos que determinen las disposiciones legales o reglamentarias, la expedición es gratuita, excepto si se han realizado actos médicos necesarios para extender el certificado.
 - Realizar durante la vida profesional formación continuada.
- e) La realización de actos que, sin vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas, impidan o alteren el funcionamiento normal del Colegio o de sus órganos.

- f) La reincidencia de infracciones leves. Se considera reincidencia la comisión, en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, si se ha declarado por resolución firme.

Infracciones leves

Es infracción leve la vulneración de cualquier norma que regule la actividad profesional, siempre y cuando no sea una infracción grave o muy grave.

SANCIONES

1. Las infracciones pueden condicionar la aplicación de las siguientes sanciones:

- a) Inhabilitación profesional durante un tiempo no superior a cinco años para las infracciones muy graves.
- b) Inhabilitación profesional durante un tiempo no superior a un año para las infracciones graves.
- c) Amonestación para las infracciones leves.

2. La sanción de inhabilitación profesional prevista en el apartado anterior impide el ejercicio profesional durante el tiempo que se haya impuesto. Esta inhabilitación se podrá limitar, de forma motivada, a determinadas prácticas médicas, de acuerdo con circunstancias personales o profesionales de la persona responsable que puedan concurrir en relación con las infracciones cometidas.

3. Como sanción complementaria también puede imponerse la obligación de realizar actividades de formación profesional o deontológica si la infracción se ha producido por el incumplimiento de deberes que afecten al ejercicio o la deontología profesionales. Con el fin de conseguir el objetivo formativo se prevé la asignación de una tutela por otro profesional que pueda ayudar y garantizar los objetivos establecidos en el mínimo de tiempo posible.

4. Si la persona que ha cometido una infracción ha obtenido una ganancia económica, puede añadirse a la sanción establecida una cuantía económica hasta el importe del provecho obtenido por el profesional.

5. En los casos muy graves o en el apartado 1ª de los graves se puede imponer sanción de expulsión cuando en el término de un año se haya declarada y con resolución firme en la vía administrativa, la comisión de más de una infracción de las referidas. La sanción de expulsión del Colegio comportará la inhabilitación para incorporarse. La persona sancionada con expulsión tiene el derecho

a solicitar la rehabilitación transcurrido tres años a contar desde a efectividad de la sanción.

Graduación de las infracciones o sanciones

Para poder graduar las infracciones y sanciones, además de lo que objetivamente se ha cometido u omitido y siguiendo el principio de proporcionalidad hay que considerar:

- a) La intencionalidad.
- b) La perturbación en los servicios sanitarios, la actividad colegial, la profesión médica, o el centro de trabajo.
- c) La transcendencia de la conducta hacia el paciente, el colega médico o cualquier otra persona directamente afectada.
- d) La participación en la comisión o en la omisión.
- e) La gravedad de la alteración o alarma social producida.
- f) Generalización de la infracción.
- g) Magnitud de la eventual ventaja obtenida.

Extinción de la responsabilidad disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria Se extinguirá:

- a) Por muerte del inculpado.
- b) Por cumplimiento de la sanción.
- c) Por prescripción de las infracciones o de las sanciones.
- d) Por acuerdo del Colegio.

Prescripción de las infracciones

1. Las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año, a contar desde el día en que se cometió la infracción.
2. La prescripción queda interrumpida por la notificación formal a la persona interesada de la incoación de la información reservada o del procedimiento sancionador.

Prescripción de las sanciones

1. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año de ser impuestas.

2. Las sanciones que comportan inhabilitación profesional por un período igual o superior a tres años prescriben cuando transcurre el plazo por las que se impusieron.
3. Los plazos de prescripción de las sanciones se empiezan a contar al día siguiente de la resolución firme del expediente.
4. La prescripción queda interrumpida por el inicio, con conocimiento de la persona interesada, del procedimiento de ejecución. El plazo de prescripción se vuelve a iniciar si el procedimiento de ejecución permanece parado durante más de seis meses por una causa no imputable a la persona infractora.

Ejecución de las sanciones

1. Las resoluciones sancionadoras solo serán ejecutivas cuando se acabe el proceso administrativo.
2. El Colegio adoptará las acciones y medidas necesarias para ejecutar sus resoluciones sancionadoras. Si se trata de sanciones pecuniarias, su ejecución se podrá realizar mediante convenios o acuerdos con la administración competente.
3. Los sancionados podrán pedir ser rehabilitados y la consiguiente cancelación de la anotación de la sanción en su expediente personal cuando una vez cumplida y si no hay una nueva sanción, trascurran seis meses para las infracciones leves, dos años para las graves y cuatro años para las muy graves.

BIBLIOGRAFÍA

- Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización médica colegial y del Consejo general de Colegios oficiales de Médicos. B.O.E. 128. 1980.
- Gracia D. *Primum non nocere. El Principio de la no maleficencia como fundamento de la ética médica.* Real Academia de Medicina, Madrid, 1990.
- Luna A.. *La organización médica colegial y la sindicación médica.* En *Medicina Legal y Toxicología.* Gisbert JA. Masson, 5ª edición. 1998.
- Bátiz Cantera J., Monés Xiol J. *Funciones y actividad de la Comisión deontológica de un colegio de médicos.* Título de Experto en Ética Médica. Organización Médica Colegial, 2012.
- Viñas J, Herranz G. *Ponencia "las comisiones de Deontología y sus relaciones".* II Seminario de Deontología Médica. OMC. Madrid. 2002.

CON LA COLABORACIÓN DE

