

Formar e Informar

**RESPONSABILIDAD EN  
MEDICINA Y CIRUGÍA**



Ilustre Colegio Oficial de Médicos  
de la Provincia de Badajoz

Formar e Informar

RESPONSABILIDAD EN  
MEDICINA Y CIRUGÍA



**Coordinadores**

Mariano Casado Blanco  
María Ibáñez Bernáldez

**Prólogo**

Pedro Hidalgo Fernández.

**Autores**

Inés F. Alejandro Corral  
Mariano Casado Blanco  
Manuel Fernández Chavero  
Héctor Antonio Galache Andújar  
Patricia Galán Álvarez  
Juan Calixto Galán Cáceres  
Sara García Espada  
Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona  
Pedro Hidalgo Fernandez  
María Ibáñez Bernáldez  
Carlos López Bernáldez  
Jorge Mariño del Real  
Rocío Martínez Gallardo  
María Luisa Martín Sanabria  
Florencio Monje Gil  
Alba Palmerín Donoso  
Demetrio Víctor Pérez Civantos  
María Teresa Porcel López  
Carmen Romero Cervera  
Félix Sánchez Ugena  
Francisco Solano López  
Francisco J. Vaz Leal

**Edita**

FUNCOMBEA  
*(Fundación Ilustre Colegio Oficial de Médicos  
de la provincia de Badajoz)*

**Imprime**

Zeta impresión. Badajoz

**Depósito legal**

BA-594-2020

**ISBN**

978-84-09-24085-2

Queda prohibida, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b>	
Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández	11
<b>1. LEX ARTIS. EL BUEN QUEHACER DEL MÉDICO</b>	
Dr. D. Pedro Hidalgo Fernandez	19
<b>2. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO ANTE LOS “DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES”</b>	
Dr. D. Mariano Casado Blanco	33
<b>3. ANÁLISIS DE CUESTIONES PRÁCTICAS Y ASPECTOS CRÍTICOS EN TORNO A LA ELABORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN PROCESOS DE MALA PRAXIS MÉDICA</b>	
Dra. Dña. María Ibáñez Bernáldez	43
<b>4. LA HISTORIA CLÍNICA: SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA Y SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO</b>	
Ilmo. Sr. D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona	55
<b>5. HISTORIA CLÍNICA</b>	
Dr. D. Manuel Fernández Chavero	63
<b>6. ASPECTOS PENALES Y CIVILES EN LAS RECLAMACIONES LEGALES CONTRA LOS PROFESIONALES SANITARIOS</b>	
Ilmo. Sr. D. Juan Calixto Galán Cáceres	75
<b>7. AUTOPSIA MÉDICO LEGAL TRAS DENUNCIA POR MALA PRAXIS MÉDICA</b>	
Dr. D. Félix Sánchez Ugena	93
<b>8. EL BAREMO DE DAÑO SANITARIO</b>	
D. Héctor Antonio Galache Andújar	101

<b>9. EL PRETENDIDO CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: EL CRITERIO DE LA LEX ARTIS. LA MEDICINA DE MEDIOS Y LA MEDICINA DE RESULTADOS: DE LA OBLIGACION DE HACER A LA OBLIGACION DE DAR. PROTOCOLOS MEDICOS E INDEMNIZACIÓN</b>	
Ilma. Sra. D <sup>a</sup> . Carmen Romero Cervera	113
<b>10. IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA SUPERVISIÓN DE LOS MÉDICOS INTERNOS RESIDENTES COMO OBJETIVO EN LA EDUCACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LITIGIOS</b>	
Dr. D. Carlos López Bernáldez	125
<b>11. PERCEPCIÓN DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE EVENTOS ADVERSOS Y ERRORES CLÍNICOS POR PARTE DEL MÉDICO INTERNO RESIDENTE DURANTE SU ETAPA FORMATIVA</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . Alba Palmerín Donoso	135
<b>12. HISTORIA CLÍNICA: VULNERACIÓN DE LA INTIMIDAD DEL PACIENTE Y ACCESO INDEBIDO A SU CONFIDENCIALIDAD</b>	
Dr. D. Carlos López Bernáldez	145
<b>13. CONFLICTOS ENTRE EL MAP (MÉDICO DE ATENCIÓN PRIMARIA) Y OTROS ESPECIALISTAS EN TORNTO AL DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . Sara García Espada	159
<b>14. RESPONSABILIDAD MEDICA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DE UN ERROR DIAGNOSTICO EN OBSTETRICIA Y GINECOLOGIA CON ESPECIAL IMPORTANCIA AL ANALISIS DE LA HISTORIA CLINICA</b>	
Dr. D. Francisco Solano López	169
<b>15. PREVENCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA MEDICINA DE URGENCIAS POR DENUNCIA DE MALA PRÁXIS: EL POR QUÉ Y LAS CONSECUENCIAS</b>	
Dr. D. Demetrio Víctor Pérez Civantos	179
<b>16. EL SECRETO MEDICO EN SU DIMENSION JURIDICO PENAL</b>	
Ilma. Sra. D <sup>a</sup> . Patricia Galán Álvarez	199

<b>17. PROBLEMAS EN EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA Y OTROS PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA DE LA PSIQUIATRÍA</b>	
Dr. D. Francisco J. Vaz Leal	215
<b>18. TRANSCENDENCIA DE CONOCER LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL EQUIPO QUIRÚRGICO</b>	
Dr. D. Jorge Mariño del Real	227
<b>19. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CIRUGIA</b>	
Dr. D. Florencio Monje Gil	237
<b>20. LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESÍOLOGO: ¿LIMITADA EN EXCLUSIVA AL QUIRÓFANO? SITUACIÓN ACTUAL EN RELACIÓN A LAS SEDACIONES</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . María Luisa Martín Sanabria	251
<b>21. ESCASEZ DE ÓRGANOS Y DETERIORO O MUERTE DE LOS PACIENTES EN LISTA DE ESPERA. RIESGOS INHERENTES A LOS TRASPLANTES. RIESGO EN LA TRANSMISIÓN DE MATERIAL BIOLÓGICO. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA URGENTE TOMA DE DECISIONES. REPERCUSIONES JURÍDICAS DERIVADAS DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS. EL MODELO ESPAÑOL</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . Rocío Martínez Gallardo	263
<b>22. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE. PARÁMETROS Y REQUISITOS EN TRAUMATOLOGÍA</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . Inés F. Alejandro Corral	275
<b>23. ASPECTOS MÉDICOS LEGALES EN TRAUMATOLOGÍA Y CIRUGÍA ORTOPÉDICA</b>	
Dra. D <sup>a</sup> . María Teresa Porcel López	287

*A la profesión médica y a los que a diario son responsables, con ética, con ley, con ciencia y con conciencia*

# PRÓLOGO

**Pedro Hidalgo Fernández**

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

El término *responsabilidad* hace referencia al deber de responder del alcance de un acto. La *responsabilidad profesional médica* es la obligación que posee el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, errores voluntarios e involuntarios u omisiones, dentro de determinados límites, y en los que pudiera haber incurrido en el ejercicio de su profesión.

En los últimos tiempos, hemos asistido a un incremento del número de protocolos y guías de práctica clínica, a una planificación de prevención de riesgos y de la seguridad del paciente, de manera paralela a un mayor interés del médico por adquirir los conocimientos médico legales que le garanticen seguridad en su práctica asistencial. El aumento de reclamaciones condiciona su ejercicio profesional, y en ocasiones, esto conduce a una mayor demanda de pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales, lo que ya es conocido como la práctica de la siempre indeseable “*medicina defensiva*”, punto de partida de insatisfacción profesional, incremento de las listas de espera y, en ocasiones, más riesgos para el paciente con un significativo coste económico, sin dejar atrás un mayor número de agresiones sufridas en las consultas.

La relación médico - paciente ha sufrido importantes cambios; de un lado, se ha ampliado el trabajo en equipo de los médicos, en un contexto en que el paciente participa de la toma de decisiones con mayor capacidad de decisión del mismo sustentada en una promulgación legislativa (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), adaptándose el ejercicio de la medicina al panorama actual.

De otro lado, es indudable que un mayor desarrollo tecnológico implica un elevado nivel de expectativas, y en caso de no obtener resultados satisfactorios, esto genera una mayor decepción, cuando los pacientes tienen un fácil acceso a los conocimientos médico-científicos, principalmente a través de internet, los cuales no siempre están contrastados medicamente. Ello puede conducir a interpretaciones erróneas que, ante un resultado no deseado en un paciente, bien éste, bien sus familiares (en ocasiones, mediando un interés mercantilista) opten por interponer una reclamación para obtener una indemnización económica.

Esta creciente judicialización de la medicina ha conducido a un debate del médico sobre lo ético y lo legal, la medicina basada en la evidencia y la experiencia de su sociedad científica y que pese al crecimiento exponencial de su conocimiento científico, no ha podido evitar las consecuencias de una superespecialización, desper-

sonalización, y por ende, un desgaste profesional. Desde el punto de vista ético, el error compromete por una parte al médico y por otra al paciente, con una indudable repercusión en la relación entre ambos. En el contexto específicamente marcado por el principio de autonomía del paciente, la información que se le ha de procurar y su acreditación mediante el documento de consentimiento informado resultan elementos clave para ejercer los criterios de la norma praxis asistencial.

Sin embargo, no podemos olvidar que nuestra profesión es acreedora y necesita la consideración social que le corresponde. Los Colegios de médicos tenemos la misión de protegerla, no como un privilegio, sino porque la nuestra es una profesión esencial para la sociedad.

La formación del médico se sustenta en dos bases fundamentales: la científico-técnica y la ético-deontológica. La primera permite adquirir los conocimientos y habilidades primordiales en la profesión médica. La segunda implica que el médico además de sus conocimientos y habilidades debe tener ciertas condiciones de carácter y actitudes y un sistema de valores. Es precisamente la buena formación del médico la que permite enfrentar el error u omisión y constituye un cimiento sólido para sobreponerse a los problemas señalados.

Desde el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz, tras más de un siglo de andadura, seguimos considerando la formación de nuestros colegiados igual de necesaria que para aquellos que lo fundaron. Lógicamente, a lo largo del tiempo, sus intereses se han tenido que adaptar a la realidad actual y reorientar su visión, pero los objetivos principales se mantienen en tanto el Colegio ha de apoyar a sus médicos, para defender y potenciar el profesionalismo médico y siempre, buscando el mayor bien de los pacientes. Nuestro Colegio es una institución activa, con metas claras y funciones conforme a propósitos específicos desde una proyección científica, ética y deontológica.

Apostamos por la formación en derecho sanitario y en principios éticos y deontológicos, valores y conductas que sustentan, junto a nuestro compromiso de servicio a la ciudadanía, la promoción de un bien social preferente como es la salud. Y el Colegio de médicos es el garante del cumplimiento de ese compromiso, pues es la asociación que conduce a sus miembros a la autorregulación más allá de las normas establecidas por las leyes ordinarias, junto a las que garantiza que nuestro contrato con la sociedad sea firme, y vigila la buena praxis en el ámbito asistencial así como en el preceptivo campo de aplicación del Código de Deontología Médica.

La profesión mejor valorada en nuestra sociedad, ya desde hace mucho tiempo, es la medicina atendiendo al nivel de confianza que nuestros pacientes han depositado en nosotros. Pero esto no debe hacernos caer en la autocomplacencia, porque lo que esta sociedad necesita y reclama son médicos con capacitación y abiertos a la formación continuada en la atención al paciente, la investigación o la docencia, sin la incertidumbre generada por la eventualidad, la inestabilidad o una excesiva rotación, entre algunos de los graves problemas a los que nos enfrentamos los médicos, y que pueden hacer peligrar el sistema de salud tal y como deseamos que sea.

Agradezco a los autores sus aportaciones desde diferentes perspectivas con el fin de abordar de forma exhaustiva, las importantes repercusiones éticas, deontológicas y legales derivadas de una mala praxis médica. Los médicos formamos parte entonces de una institución que valora profundamente la calidad del desempeño, por lo que consideramos actividad preeminente a la formación especializada, a la par que transversal, de nuestros médicos con el fin de alcanzar la excelencia académica y profesional. Así lo entiende el Ilustre Colegio de Médicos de Badajoz con la publicación de este libro que tiene como finalidad *formar e informar* a sus colegiados.

# **RESPONSABILIDAD EN MEDICINA Y CIRUGÍA**

**LEX ARTIS.  
EL BUEN QUEHACER DEL MÉDICO**

**Pedro Hidalgo Fernández**

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

## LEX ARTIS

La Deontología Médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico (art. 1 Código de Deontología Médica). Los médicos tenemos un Código de Deontología Médica (2011) (en adelante, CDM) que sirve como una Guía de Ética Médica. Un marco de ejercicio profesional para todos los médicos españoles que se traslada a los ciudadanos para que compartan con nosotros el espíritu de conducta. Viene a ser un manifiesto del compromiso que la medicina, pero sobretudo los médicos, tienen con la sociedad.

Ninguna profesión como la nuestra se compromete de una manera tan rotunda en un articulado de obligaciones. Y a ninguna se le exige tanto. Pero a ninguna se la valora tanto. Venimos a declarar que:

- la profesión médica está al servicio del ser humano y de la sociedad,
- respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico (art. 5.1 CDM).

Se entiende por *acto médico* toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos (art. 7 CDM).

Toda actuación del médico -acto médico- debe regirse por el Código de Deontología Médica-Guía de Ética Médica-.

Hablamos de mala praxis cuando se vulnera la lex artis. La lex artis (ley del arte) aplicada a la medicina como lex artis ad hoc es un concepto jurisprudencial indeterminado que podría definirse como “*el conjunto de prácticas médicas aceptadas como adecuadas para tratar al enfermo en ese momento*”.

Resumiría como: hacer lo que hay que hacer cuando hay que hacerlo según la ética, la deontología y la ciencia médica.

## EL MÉDICO Y LAS MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA MEDICINA

- Modelo Paternalista: el médico decide en lugar del paciente. Beneficencia sin autonomía. Las preferencias del paciente no cuentan. La información sólo tiene valor utilitario.
- Modelo Amistoso: el médico actúa como amigo técnico. La *“distancia terapéutica”* se pierde. Las *“preferencias del paciente”* se consideran *“de amigo a amigo”*. La información es un manejo paternalista.
- Modelo Contractual: el médico actúa como técnico experto. El paciente es cliente. Existe excesiva *“distancia terapéutica”*. La información tiene *“actitud defensiva”* Modelo contractual = Medicina defensiva
- Modelo Deliberativo: el médico adopta una aptitud cooperativa. El paciente es un ser humano y no una enfermedad *“modelo biopsicosocial”*. El paciente tiene una *“dignidad a respetar”*. La distancia terapéutica es el *“arte profesional”* Modelo deliberativo = Excelencia ética.

## DERECHOS DE LOS MÉDICOS

Decálogo de los Derechos Médicos:

### 1. Ejercer su actividad de forma libre y sin presiones:

- en su juicio clínico (diagnóstico y tratamiento)

El tiempo necesario para cada acto médico debe ser fijado por el criterio profesional del médico, teniendo en cuenta las necesidades individuales de cada paciente y la obligación de procurar la mayor eficacia y eficiencia en su trabajo. (Art. 21.3 CDM)

- Las normas de la institución respetarán la libertad profesional del médico y señalarán que éste ejerce, en el área de su competencia, una autoridad efectiva sobre el personal colaborador. (Art. 46.2 CDM)
- en su libertad de prescripción: el médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad. (Art. 23.1 CDM)
- en su decisión de rechazar la atención a un paciente: el médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. Lo comunicará al paciente o a sus re-

presentantes legales con la debida antelación, y facilitará que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento. (Art. 11 CDM)

Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar. (Art. 12.3 CDM)

2. Desarrollar su actividad profesional en instalaciones que garanticen las medidas de seguridad e higiene que marca la ley de conformidad con las características del servicio que se otorgan bases éticas, científicas y normativas. (Arts. 7.5, 45.1, 45.2 y 45.3 CDM)
3. Recibir apoyo de la institución donde trabaja: del personal de servicios, del personal capacitado, así como, disponer de los instrumentos necesarios.
4. Abstenerse de garantizar resultados: no son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las carentes de base científica y que prometen a los enfermos la curación, los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces, la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas y el uso de productos de composición no conocida. (Art. 26.2 CDM)
5. Trato respetuoso de pacientes, familiares y personas relacionadas con su profesión
6. Acceso a la formación médica continuada y a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional. La formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional. (Art. 7.3 CDM).

Para conseguir y mantener la calidad profesional la asistencia debe complementarse con la formación continuada. Además de realizar las tareas asistenciales, el médico debe disponer de tiempo en su jornada laboral para la actualización de conocimientos, así como para la docencia y la investigación. (Art. 46.1 CDM).

7. Participar en actividades de investigación y enseñanza La investigación médica es necesaria para el avance de la medicina y un bien social. El médico investigador tiene el deber de publicar los resultados. El respeto por el sujeto de investigación es el principio rector (Art. 59 CDM).

8. Asociarse en organizaciones, asociaciones y colegios profesionales. con el fin de promover su desarrollo profesional y vigilar el ejercicio de la profesión. (Cap. IX CDM).
9. A la defensa de su prestigio profesional: La información sobre una probable controversia se tratará con privacidad. Derecho al honor. Secreto profesional. Objeción de conciencia. Relaciones con la industria farmacéutica.
10. A ser remunerado por sus servicios profesionales. El ejercicio de la medicina es el medio de vida del médico y éste tiene derecho a ser remunerado de acuerdo con la importancia y las circunstancias del servicio que presta y la propia competencia y cualificación profesional. (Art. 66.2 CDM)

Los honorarios médicos serán dignos y no abusivos. Se prohíben las prácticas dicotómicas, la percepción de honorarios por actos no realizados y la derivación de pacientes con fines lucrativos entre instituciones y centros. (Art. 66.3 CDM).

## **FINES DE LA MEDICINA**

Los 4 fines de la medicina son:

1. Prevención de la enfermedad y promoción y conservación de la salud.
2. El alivio del dolor y del sufrimiento causados por las enfermedades.
3. La atención y curación de los enfermos y los cuidados de los incurables.
4. La evitación de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte tranquila. El deber principal de la medicina será en términos generales ayudar a los jóvenes a llegar a viejos, y una vez logrado esto, ayudar a los ancianos a vivir el resto de sus vidas cómoda y dignamente. Vivir más y mejor.

## **EL PACIENTE Y LA LEY DE AUTONOMÍA**

La Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, otorga los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales.

La exposición de motivos que la Ley 3/2005 que la desarrolla en Extremadura explica que el cambio de cultura en las relaciones clínico-asistenciales, evidenciado en la

primacía de los derechos de los pacientes y en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supone dejar al margen una relación médico-paciente caracterizada por un sentido paternalista y regido por el principio ético de la beneficencia.

Dentro de los principios básicos, otorga al paciente o usuario el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles una vez informado, teniendo derecho a negarse al tratamiento. Conviene en desarrollar el derecho a la intimidad, al consentimiento informado y al derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder ellos sin previa autorización.

Esta ley mantiene el respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, y otorga como derechos la intimidad personal, la libertad individual, la no discriminación y garantiza la confidencialidad de la información relacionada con su proceso de salud.

## **EL EJERCICIO MÉDICO**

### **LA PRÁCTICA CLÍNICA**

La práctica de la medicina precisa de tres factores: el médico, el paciente y la enfermedad, que actúa de vínculo de unión entre ambos.

El buen médico aprecia no sólo el signo físico en el paciente, sino además detecta su estado psíquico que debe ser igualmente atendido. El tratamiento de un paciente no termina con la prescripción terapéutica para su enfermedad, sino que debe abarcar a la persona que sufre, por lo que tiene o por lo que sospecha que pueda tener.

Las etapas del razonamiento clínico y la toma de decisiones, serían:

1. Investigar: la clínica mediante la anamnesis e historia clínica.
2. Explorar: con las pruebas complementarias.
3. Diagnosticar: Sumando los síntomas con los resultados.
4. Valorar: la mejor de las opciones sopesando las opciones con el paciente.
5. Tratar: buscando el mejor plan terapéutico que ocasione mejor resultado (beneficio/riesgo).

## **MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA**

Este concepto anglosajón procede de una traducción errónea de evidence - based - medicine, y que debería haberse denominado medicina basada en pruebas. Fue utilizado por primera vez en 1991 por el Prof. Guyyat al existir dos preocupaciones: por una parte, que el ejercicio de la medicina se apoye en la investigación clínica y por otra, ver los resultados de esa investigación clínica.

De ahí que la MBE implique a la investigación aceptada con un control de calidad; a cómo se transmite ese resultado para que se acepte como conocimiento sanitario científicamente evidenciado y a su vez se traslade, al haber accedido a esa publicación por vías científicas, a la práctica de la asistencia sanitaria.

## **NUEVA LEGITIMIDAD EN LA AUTONOMÍA DEL JUICIO PROFESIONAL**

El impacto de la MBE sobre el ejercicio de la medicina fue tan importante que cualquier publicación científica o congreso que se celebrase debería tenerla presente. Así, se había alterado la práctica del médico que de manera autónoma se formaba, estudiada y evaluaba sus resultados, ajeno a estudios de efectividad y lejos de interesarse por costes y eficiencias.

El ejercicio de la profesión exige anteponer los intereses del paciente a los del propio médico y a los del sistema para el que trabaja, base de la confianza que el paciente deposita en el médico, exigencia que se sustenta en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

Sin darnos apenas cuenta, se había transformado no sólo el mensaje de innovación médica sino además, la manera de aplicación de los mismos. Transformaba la decisión médica basada en la experiencia de ver y escuchar por la basada en las pruebas (evidence).

Dada la variabilidad de la práctica clínica el médico ha ido asumiendo, a veces por protección en su responsabilidad civil profesional, los protocolos que las diferentes Sociedades Científicas recomendaban, porque basar las decisiones en la experiencia es un compromiso asumido.

El éxito de la aparición de las Guías de Práctica Clínica, era precisamente servir de ayuda al médico para gestionar la incertidumbre que cada caso clínico supone y en ampararse y ayudarle a no equivocarse.

## EL BUEN QUEHACER DEL MÉDICO

El opúsculo del CGCOM del 2014 sienta los principios que inspiran el buen quehacer del ejercicio de los médicos uniéndose y desarrollando el Código de Ética y Deontología Médica. Principios que inspiran el buen quehacer del ejercicio de los médicos:

- Las personas necesitan buenos médicos y médicas, cuya primera preocupación sea el cuidado de su salud; los buenos médicos son responsables, competentes, actualizan sus conocimientos y habilidades, establecen una buena relación con sus compañeros y actúan de acuerdo con el Código de Deontología Médica (CDM).
- Los buenos profesionales de la medicina trabajan en colaboración con sus pacientes y respetan sus derechos a la intimidad y dignidad, como señala el artículo 21.12 del CDM.
- Los buenos profesionales de la medicina desarrollan una actitud compasiva, cuidan a sus pacientes, procuran su bienestar, y previenen y tratan sus enfermedades, acompañando todo el proceso.
- Los médicos proporcionan una atención óptima según las posibilidades de cada momento, y siempre dentro de los estándares de calidad, eficiencia y eficacia aceptados por la profesión.
- Para ejercer con responsabilidad la práctica de la medicina, los buenos médicos deben demostrar, a través de los procesos periódicos de validación que realizan, que su actividad profesional mantiene la calidad acorde con la evidencia científica, se rige por las normas establecidos en el CDM y sigue los valores y principios del BQM.
- La conducta de las médicas y los médicos ha de justificar la confianza que su paciente y los ciudadanos depositan en él y en la profesión.
- El médico debe actuar en todo momento con sinceridad al exponer su ámbito de competencia, su experiencia, sus cualificaciones y su cargo actual.
- El médico no ha de expresar convicciones personales –políticas, religiosas o morales– que le permitan aprovecharse de la vulnerabilidad de sus pacientes o puedan causarles inquietud, tal como señala el artículo 9.13 del CDM.
- El médico debe tratar la información de sus pacientes de manera confidencial, respetando siempre el marco legal y ético establecido.

- Tratar a sus pacientes con justicia y sin discriminación.
- El médico debe dar prioridad a los pacientes en función de sus necesidades clínicas. Si los recursos, políticas o sistemas impiden aplicar este principio y la seguridad de su paciente se ve o puede verse seriamente comprometida, el médico ha de denunciar la situación a las organizaciones e instituciones responsables y, cuando no es atendido, buscar ayuda en otras instancias según el artículo 45.2 del CDM.
- Las pruebas diagnósticas o tratamientos que indica o prescribe el médico se basan en la mejor evidencia disponible, su buen juicio clínico y el consenso alcanzado con el paciente. El médico no debe negar ni retrasar un tratamiento por el estilo de vida previo del paciente.
- Si la pérdida de confianza entre el médico y su paciente pone en peligro la buena atención clínica, el médico debe terminar su relación profesional, asegurando la continuidad de la asistencia médica y evitando siempre el abandono de su paciente.
- Actuar siempre con honradez, integridad, franqueza y transparencia.
- El médico tiene siempre la obligación de dejar claros los límites de sus conocimientos y sus competencias.
- El médico cuando es citado ante los tribunales en sus actuaciones periciales debe ser veraz, sincero y fidedigno, y asegurarse de que todas las pruebas y documentos que redacta o firma sean verídicos; por ello, debe: verificar razonablemente que la información aportada es correcta. No omitir de manera deliberada ninguna información relevante.
- El médico debe informar con diligencia, tanto a los centros donde trabaja como a sus pacientes privados, de cualquier restricción que le impongan las autoridades profesionales o judiciales en su ejercicio profesional.
- El médico no debe aceptar ni pedir ningún incentivo, obsequio o atenciones sociales que puedan afectar a su manera de prescribir, tratar, derivar pacientes o encargar servicios. Tampoco debe ofrecer ningún tipo de incentivo, ni a sus pacientes ni a otros compañeros profesionales según el artículo 66.68 del CDM.

- El médico tiene el deber de ser competente en todas las vertientes del ejercicio profesional que desarrolle, ya sean asistenciales, docentes, investigadoras o de gestión.
- El médico ha de mantener su competencia, actualizando conocimientos y habilidades y fomentando buenas actitudes profesionales.
- El médico tiene la obligación de participar periódicamente en actividades de formación que mantengan y desarrollen sus competencias, habilidades, actitudes y rendimiento.
- El médico debe conocer las guías clínicas más relevantes y los avances importantes relacionados con el ámbito de actividad profesional.
- Incorporar la reflexión sobre la experiencia profesional a la práctica.
- El médico, al prestar asistencia clínica, debe: hacer buen uso de los recursos disponibles, aplicándolos con eficiencia y equidad a sus pacientes. Prescribir o renovar el tratamiento al paciente (fármacos o cualquier otro tratamiento), cuando tenga un conocimiento suficiente de su estado de salud y esté convencido de que la medicación u otro tratamiento serán positivos para su curación o mejora.
- Prescribir tratamientos e caces basados en la mejor evidencia según el artículo 26.1 del CDM.
- Registrar su trabajo de manera completa, clara, precisa e inteligible.
- Comunicar con eficacia y afectividad.
- El médico debe facilitar a sus pacientes, de forma inteligible, lo que quieran conocer de su proceso.
- El médico debe ser sincero y ganarse la confianza de pacientes, familiares y colegas en todas sus comunicaciones.
- Cuando el médico alega objeción de conciencia para llevar a cabo un determinado procedimiento, se lo debe exponer a su paciente y asegurarse de su correcta comprensión.
- Colaborar con los compañeros y las compañeras para mantener y mejorar la atención al paciente. El médico tiene que tratar a sus compañeros y compañeras de manera justa y con respeto.

- El médico debe ser consciente de cómo influye su comportamiento en todos los ámbitos de su actividad profesional y actuar en consecuencia.
- Hacer todo lo posible para minimizar los riesgos, los daños, los errores y los efectos adversos.
- El médico ha de estar dispuesto a ser evaluado de forma periódica por quien tenga la competencia. El médico debe participar regularmente en las actividades que mantengan y promuevan su competencia.
- Enseñar e investigar son aspectos esenciales para la mejora del médico.
- Utilizar adecuadamente los recursos del sistema para proporcionar la mejor atención posible.

## CONCLUSIONES

Vemos como a la medicina se la define como arte, como vocación y como ciencia inexacta, pero los pacientes se sienten fascinados por la tecnología y esa tecnificación, también denominada industrialización lleva aparejado un cambio en el modelo y modo de actuación profesional haciéndolo más procedimental, basándose en protocolos estandarizados que marcan las bases de un diagnóstico y el esfuerzo de un tratamiento.

Hablar de medicina es hablar de compromiso. compromiso con el ser humano, con el sufriente, con el ser paciente, con la persona enferma. os puedo asegurar que no se puede ser buen médico si no se es una buena persona. no se puede ayudar a un semejante humano si uno no es humano. la medicina sin humanismo llevaría a la aplicación protocolizada de procedimientos y técnicas de diagnósticas y terapéuticas dirigidas a dar en la diana de la enfermedad, pero olvidando al enfermo. la práctica diaria del médico implica el compromiso: compromiso de mujer y hombre al servicio de la humanidad. compromiso de médicas y médicos ante sus enfermos. compromiso de persona hacia persona.

Miedo, sufrimiento y dolor son los tres pilares a los que nos enfrentamos cuando nos consulta un paciente. No sólo trae un déficit de salud, aporta la carga ansiosa del diagnóstico incierto, la angustia de ver vulnerable su mundo y su familia, de sentirse frágil y solitario frente a un médico que con su dictamen puede dar un pronóstico de vida que suene a veredicto de sentencia condenatoria de padecimiento.

En la visita al Papa Francisco (Roma, 9 de junio de 2016) de una representación del Consejo de Médicos nos dijo:

*“La identidad y el compromiso del médico no sólo se apoya en su ciencia y competencia técnica, sino principalmente en su actitud compasiva y misericordiosa hacia los que sufren en el cuerpo y en el espíritu. La compasión, es de alguna manera el alma misma de la medicina. La compasión no es lástima, es padecer-con...Y si bien en el ejercicio de la medicina, técnicamente hablando, es necesaria la asepsia, en el meollo de la vocación médica la asepsia va contra la compasión, la asepsia es un medio técnico necesario en el ejercicio, pero no debe afectar nunca lo esencial de ese corazón compasivo. Nunca debe afectar el “pongan más corazón en esas manos”.*

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Profesión Médica, Profesional Médico. Profesionalismo Médico. OMC. Madrid, 2010.
2. Ser Médico. Los valores de una profesión. Millán Nuñez-Cortes, J., del Llano Señaris, J. E. Madrid. 2012.
3. El buen quehacer del médico. OMC. Madrid. 2014.
4. Código de Deontología Médica. OMC. Madrid. 2011.
5. 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. B.O.E nº 274 de 15/11/2002. Última actualización publicada el 22/09/2015.
6. Los fines de la medicina. Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas. Barcelona. 2007.
7. Declaración de la Comisión Central de Deontología Médica. OMC. Madrid, 2016.
8. Declaración de Lisboa II Encuentro Anual Hispano Luso Ordem Dos Medicos De Portugal y Consejo General de Médicos de España Lisboa. 2015.
9. Ética de la Relación Profesional del Medico con la Industria Farmacéutica y las Empresas Sanitarias. Asamblea General OMC. Madrid. 2006.
10. Las instrucciones previas. Una reflexión crítica. Premio Nacional de Derecho Sanitario Casado Blanco, M; Galán Cáceres, J.C; Badajoz. 2016.

# **RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO ANTE LOS “DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES”**

**Mariano Casado Blanco**

*Médico Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Badajoz*

*Especialista en Medicina Legal*

*Profesor de Medicina Legal. Profesor de Medicina Legal.*

*Facultad de Medicina de Badajoz. Universidad de Extremadura*

*Secretario del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz*

## INTRODUCCIÓN

Agradezco al Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz el haberme invitado a participar en esta publicación, referida a *“aspectos médico-legales y responsabilidad en medicina y cirugía”*.

Parece un tema muy conveniente, ya que cuando se analizan genéricamente las circunstancias relacionadas con la responsabilidad en la práctica de la Medicina, se comprueba que es muy frecuente que el médico incurra en ella más por ignorancia que por malicia y por tanto bueno es informar y formar sobre estas cuestiones.

Trataremos de exponer la responsabilidad profesional que conllevan la cumplimentación de los Documentos Médico-Legales. Ciertamente, que este tema, hace referencia a un contenido algo diferente e incluso especial al que se suele tratar de forma habitual en el mundo de la responsabilidad médica, aunque dada la frecuencia con la que se hace uso de los mismos, no por ello se puede considerar infrecuente al ámbito médico.

Con mucha frecuencia, desde la Medicina Legal se indica que además de los conocimientos generales y obligados que han de tener todos los médicos, encontramos una materia muy interesante a la vez que importante, como son los *“Documentos médico-legales”*.

Estos, como expondremos más adelante entran en la dinámica normal de un verdadero acto médico y aunque lo sea, en cierta manera con un carácter complementario o indirecto a numerosos y diversos actos asistenciales. Sí es cierto que implican una destacada responsabilidad a la hora de cumplimentarlos y por las posteriores repercusiones que tiene o puede tener, de ahí que su trascendencia quede fuera de toda duda y justifique su inclusión en este texto.

Además, se puede afirmar que los Documentos Médico-legales se generan en los más diversos ámbitos asistenciales, y como reflejo a la realización de un determinado acto médico, y donde a través de ellos se proporciona una información necesaria para que quede constancia documental de la realidad médica de cada caso.

De ahí que sean elaborados en el ejercicio médico diario de todos los centros sanitarios, es decir en Centros de Salud de Atención Primaria, en Centros Hospitalarios, en Clínicas o Consultas privadas, y, en general, allí donde se lleven a cabo actividades de tipo asistencial.

## SIGNIFICADO PROFESIONAL DE LOS DOCUMENTOS MÉDICO LEGALES

Los médicos y el resto de profesionales sanitarios, suelen caer en el error de pensar que su deber de mantener una formación continuada tiene que recaer exclusivamente en los aspectos científicos, dejando en un segundo plano los de tipo médico-legal, lo cual se constituye como un grosero error, ya que está muy lejos de lo que es el contrato social y la realidad profesional del ámbito de la Medicina y por ende de los médicos.

Cada vez que se establece una relación médico-paciente, se genera un documento médico, que refleja el acto médico asistencial llevado a cabo y que como tal contrato se generan y emanan consecuencias jurídicas tanto para el profesional que lo realiza como para el paciente que ha sido objeto de este acto.

Todos los médicos han de tener muy presente que en cualquier acto médico se establecen dos aspectos claramente diferenciados, pero igualmente interconectados:

- Asistencial o acto médico directo. Donde el médico pone a disposición del paciente todos sus conocimientos científicos, actitudes éticas y habilidades y experiencias profesionales con una exclusiva finalidad, que no es otra que la de poner todos los medios que estén a su alcance para que el paciente pueda superar el proceso patológico que le aqueja. Estos actos directos, incluyen tanto los de tipo preventivo, diagnósticos, terapéuticos como de rehabilitación.
- Administrativo o acto médico indirecto. En este tipo de acto es donde tiene cabida el verdadero acto documental, que según establece la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 2.6 *“todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica...”*. Concretando, este no es un acto aislado o independiente, sino complementario e íntimamente relacionado con los actos directos y dotado de una gran importancia legal que radica tanto en su validez como en el valor probatorio del acto médico directo.

De esta manera, un *“documento médico-legal”* se configura como el testimonio o reflejo de una determinada actividad llevada a cabo por un médico, por lo que no hay otra forma de hacer constar la realización de un específico acto médico y de ahí que si no se cumplimenta el específico documento es posible que la información se

pierda y consecuentemente resulte imposible o muy difícil su conocimiento. En definitiva, no hay mecanismos que puedan demostrar que un determinado acto médico se ha llevado a cabo sin que existan documentos médicos que la formalicen y, a la vez no hay documentos médicos sin que se haya realizado en el transcurso de una actividad médica, que los haya podido generar.

### **VALOR JURÍDICO DE LOS DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES**

En el ámbito jurídico los documentos médico-legales tienen una doble función:

- Por un lado, se trata de una fuente de información de carácter primario, donde el documento resulta ser el soporte que contiene la correspondiente información médica.
- Y por otro, es un método de prueba de que un determinado acto médico ha sido o no realizado.

Para que un documento médico-legal esté provisto de la correspondiente legalidad deben tenerse en cuenta:

1. Que el documento sea cumplimentado, por escrito, directamente por parte del médico,
2. Que pueda ser atribuido a un médico concreto (identificación),
3. Que sea consecuencia de un acto médico y de una relación médico-paciente y
4. Que consecuentemente pueda conllevar efectos jurídicos.

También es preciso recordar y estar al tanto de otras cuestiones relacionadas con los documentos médico-legales, como que:

- a) las copias de los mismos tienen la misma validez y eficacia que los originales.
- b) que se trata de documentos de carácter oficial, ya que:
  - en ellos se establece una relación entre las personas físicas o jurídicas con la Administración Pública o entre diferentes organismos públicos.
  - la mayoría de estas relaciones se realizan a través de unos impresos ya pre-establecidos o normalizados;
  - ha de quedar constancia de la fecha de emisión y de recepción del documento.

Uno de los valores jurídicos más interesantes que tienen los documentos médico-legales, y como ya se ha referido, es su valor probatorio, lo que refleja el grado de evidencia que puede llegar a tener un determinado documento médico-legal como pieza jurídica.

Partiendo entonces de esta importante premisa, hay que señalar que el documento médico-legal, tiene autenticidad, es decir fuerza probatoria, que justifica y hace patente por sí mismo su contenido, sin que para ello sea indispensable, como si lo es para los documentos privados, el reconocimiento previo por algunos de los firmantes o a quien le afecte.

Ciertamente que los documentos médico-legales cuando son cumplimentados en soporte tradicional de papel cumplen objetivamente con estas características y en caso de que se pudiera generar alguna duda, se determinaría si son o no los originales e incluso si han sido sufrido algún tipo de alteración.

Por otro lado, y con respecto a los documentos médico-legales en formato electrónico, se determina que tanto la autenticidad como su certeza, queda garantizada mediante la correspondiente firma digital.

### **FIGURAS ANTIJURÍDICAS REFERIDAS A LOS DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES**

Al hilo de lo anterior, pero con base jurídica, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal considera como documento *“todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”* (artículo 26).

De entre las múltiples figuras antijurídicas que se establecen en esta normativa penal, con respecto a los documentos en general, y más concretamente con los documentos médico-legales, se pueden establecer cuatro tipos de acciones delictivas que aparecen tipificadas en el actual Código Penal, modificado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, y que entró en vigor el 1 de julio de 2015:

1. Falsedad documental.
2. Falsificación de certificados.
3. Infidelidad en la custodia de documentos.
4. Revelación de Secretos.

## CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES

En Medicina Legal, reconocemos diferentes tipos de documentos, cada uno de los cuales poseen peculiaridades diferentes, tanto desde el punto de vista médico como jurídico y legal, además de tener finalidades igualmente diversas. Por ello, es preciso clasificarlos para su mejor estudio, análisis, comprensión, localización y cumplimentación.

Tratando de exponer una clasificación que sea a la vez sencilla y práctica, hemos efectuado varias clasificaciones y consultado diferentes autores que han elaborado clasificaciones con referencia a estos documentos.

Por nuestra parte, se propone una clasificación, que ha tenido ciertos beneplácitos por diferentes autores que se dedican al campo de la documentación, como la Dra. Gallardo San Salvador, indicando que *“la clasificación de Casado es la más exhaustiva y completa que hemos encontrado entre todos los autores consultados”*. O, cuando los Dres. Borja Albi y Gallego-Borghini, indican que *“en España destaca el manual de Casado (2008), muy útil para obtener una visión general de los géneros médico-legales y cómo se articulan en nuestro país”*.

Así se diferencia, de forma genérica, entre documentos judiciales, documentos sanitarios, documentos administrativos y documentos laborales y cada uno de ellos los subclasificamos de la siguiente manera:

### A) DOCUMENTOS JUDICIALES

#### 1. PARTES:

##### 1.1. Partes Judiciales

1.1.1 Partes de lesiones.

1.1.2 Partes de lesiones en violencia de género.

1.1.3 Partes de lesiones en maltrato infantil.

1.1.4 Partes judiciales de defunción.

#### 2. ACTAS:

2.1. Inscripción de nacimiento.

2.2. Acta de declaración de aborto.

#### 3. INFORMES:

3.1. Informe médico-legal.

**B) DOCUMENTOS SANITARIOS****1. PARTES SANITARIOS:**

- 1.1. Partes de notificación de enfermedades de declaración obligatoria.
- 1.2. Partes de notificación de sospecha de reacciones adversas.
- 1.3. Partes de información pública.

**2. ACTAS SANITARIAS:**

- 2.1. Acta de exhumación.
- 2.2. Tanatopraxia:
  - 2.2.1 Acta de embalsamamiento.
  - 2.2.2 Acta de conservación temporal.

**3. CERTIFICADOS:**

- 3.1. Certificado médico.
- 3.2. Certificado médico de defunción.

**4. RECETA MÉDICA:**

- 4.1. Receta médica.
- 4.2. Receta médica privada.
- 4.3. Receta de estupefacientes.

**5. HISTORIA CLÍNICA:**

- 5.1. Informe de alta.
- 5.2. Informe clínico.
- 5.3. Documento de Consentimiento Informado.
- 5.4. Alta Voluntaria.
- 5.5. Documento de Instrucciones Previas.

**C) DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS:**

- 1. Certificado de aptitud para la obtención de los permisos de conducción.
- 2. Certificados de aptitud para la tenencia y uso de armas.

**D) DOCUMENTOS ASISTENCIALES:**

1. Tarjeta Sanitaria.

E) DOCUMENTOS LABORALES:

1. Partes Laborales.

2. Informe de Síntesis.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2002. Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. BOE nº258 de 28/10/2002.
2. Boletín Oficial del Estado. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE no 175, de 22 de julio de 2011.
3. Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 2003. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal. BOE nº 283.
4. Borja Albi, Gallego-Borghini. Panace@. Vol. XIII, nº 36. Segundo semestre, 2012.
5. Casado Blanco M. Valoración médico legal de la documentación sanitaria. Autoedición, 2015.
6. Casado Blanco, M., Hurtado Sendín, P., Jiménez García, A. Intervención médico-legal en los servicios de urgencias. Emergencias, 1999; 11. 365-368.
7. Casado Blanco, M. Manual de documentos médico-legales. Consejería de Sanidad y Dependencia. Junta de Extremadura. Ed. ROS. Badajoz. 2008.
8. Casado Blanco M. La Historia Clínica (adaptada a la legislación de la Comunidad Autónoma de Extremadura). Fundesalud. Mérida. 2012.
9. Castellano Arroyo M. Prólogo. En: Casado Blanco M. Manual de Documentos Médico-Legales. Badajoz: Consejería de Sanidad y Dependencia. Junta de Extremadura; 2008. p. 9-12.
10. Gallardo San Salvador J.: Hacia una "globalización" de la traducción: el caso de la traducción jurada de los documentos médico-legales (inglés-español). Sendebar; 23 2012: 227 - 250.

# **ANÁLISIS DE CUESTIONES PRÁCTICAS Y ASPECTOS CRÍTICOS EN TORNO A LA ELABORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN PROCESOS DE MALA PRAXIS MÉDICA**

**María Ibáñez Bernáldez**

*Médico Forense.*

*Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Badajoz*

*Profesora del Área de Medicina Legal. Facultad de Medicina.*

*Universidad de Extremadura*

*Vicepresidenta 1º del Ilustre Colegio Oficial de Médicos*

*de la provincia de Badajoz*

*“Tres son las taras psíquicas incompatibles con la misión del perito médico, el orgullo que ciega, la ignorancia, que no hace dudar de nada, y la deshonestidad, que envilece y degrada”. SIMONIN<sup>1</sup>.*

## INTRODUCCIÓN

La prueba pericial es considerada el pilar fundamental de la actividad probatoria que se desarrolla en los procedimientos en los que existe una reclamación de responsabilidad sanitaria. El perito médico elabora un informe en el que valora la asistencia sanitaria prestada a un paciente de modo que permite al juez, lego en cuestiones médicas, emitir una resolución judicial justa en base a dictámenes con base científica fiable. El perito médico debe analizar dos cuestiones fundamentales: la existencia de un nexo de causalidad, así como el cumplimiento a la *“lex artis ad hoc”*. La primera cuestión implica que debe haber una relación directa o nexo de unión entre la actuación del médico y el resultado dañoso por el que éste es demandado o denunciado. No obstante, ésta ha de ser una relación de causalidad médica, que no jurídica, la cual debe ser abordada por las partes y por el tribunal como expertos en Derecho. La segunda cuestión supone valorar si la actuación del médico ha sido o no acorde a los criterios de lo que constituye una correcta actuación médica teniendo en cuenta las normas recogidas en los protocolos vigentes y atendiendo siempre a las circunstancias concretas del caso analizado.

La elaboración del informe pericial, tiene como propósito final el tránsito del análisis médico pericial a la certeza jurídica en base al grado de convicción del tribunal en vínculo a la reconstrucción procesal de un hecho objeto de litigio<sup>2</sup>. Señala Galán Cáceres, jurista de reconocido prestigio en Derecho Sanitario, al abordar de modo brillante la prueba pericial médica en su *“Tratado de Medicina y Responsabilidad Legal”<sup>3</sup>*, *“que la prueba pericial no debe ser un medio de prueba para tratar de verificar unos hechos, sino que debe tratar de explicarlos al Tribunal; debería asimilarse a un cristal de aumento que traslade al juez algo que no ve por sus propios ojos”*.

El diagnóstico médico legal de una mala praxis requiere en cada caso de un proceso de análisis crítico que debe adaptarse a las peculiaridades del mismo. Aun cuando puedan existir elementos comunes se trata de analizar unos hechos en el contexto de unas circunstancias muy concretas.

El médico, tratando de evitar los perjuicios personales, profesionales, judiciales y sanitarios derivados de reclamaciones por presunta mala praxis médica recurre frecuentemente a la conocida y siempre indeseable medicina defensiva<sup>4</sup>. Con el fin de resolver tales conflictos, será precisa la emisión de un informe pericial médico, imparcial e independiente, que quizás se trate de aquel que mayor complejidad ocasiona al perito médico, pues a la dificultad de la emisión del dictamen se acompaña lo incómodo que resulta el valorar la adecuación o no a la “*lex artis*” de la actuación de un compañero de profesión sobre el que pueden recaer importantes sanciones<sup>5</sup>, por lo que se hace recomendable la existencia de protocolos o guías de actuación para armonizar las actuaciones periciales médico legales, que garantizarán una seguridad científica y jurídica tanto al dictamen como a la resolución judicial ulterior<sup>4</sup>.

Citando como ejemplo, la Academia Internacional de Medicina Legal “*IALM- International Academy of legal Medicine*” dirigida por el profesor Ferrara y en la que intervinieron los profesores Villanueva Cañadas y Castellano Arroyo, elaboró un Protocolo o Guideline Europea “*Guidelines to Malpractice*”, con la intención de armonizar las pericias en el ámbito de la medicina legal europea<sup>6</sup>.

## **CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO AL PACIENTE DERIVADOS DE UNA MALA PRAXIS MÉDICA**

Cuando en el ejercicio profesional del médico concurren determinadas circunstancias tales como dolo o malicia, o bien cuando omite éste obligaciones inherentes al ejercicio de su cargo, puede incurrir penalmente en responsabilidad. De entre tales circunstancias, la que con mayor frecuencia conduce al médico a la responsabilidad penal es la imprudencia punible, que será punto de partida de emisión de la mayor parte de pericias médicas, cuando a consecuencia de la actuación profesional del médico, el paciente o sus familiares se consideran perjudicados en base a una imputación culposa en su proceder, corriendo con la carga probatoria en relación a dichos extremos<sup>7</sup>. En este punto se hace imprescindible recordar que la obligación exigible al médico en su relación para con el paciente es una obligación de medios, que no de resultados, requiriéndosele al primero la debida y suficiente pericia, diligencia y prudencia en su ejercicio profesional.

Trátase de responsabilidad penal culposa o responsabilidad civil extracontractual, para que pueda plantearse una responsabilidad médica deben concurrir una serie de requisitos, que han de ser demostrados en las causas de esta naturaleza<sup>8</sup>, debiendo el perito orientar su actuación hacia el esclarecimiento de los mismos.

En primer lugar, resulta fundamental la valoración de la imprudencia o falta médica, a través del criterio rector de la actuación médica que viene inspirado en la “*lex artis ad hoc*”, que unifica unos principios científicos y éticos y siempre referida al caso concreto, dadas las variedades de supuestos en función de las circunstancias concurrentes. El perito, en segundo lugar, debe examinar el perjuicio ocasionado al paciente, ya que sin cuya existencia, no hay cabida a hablar de responsabilidad médica. Y finalmente, el perito debe analizar como requisito indispensable para establecer la concurrencia de los anteriores, la comprobación de la relación de causalidad entre los primeros, lo que traducido a la acción médica equivale al puente existente entre el acto médico y la situación patológica o lesiva, que el paciente entiende como resultante de aquél<sup>8</sup>.

Abundando en el tema, el principal conflicto que se plantea en el campo de la responsabilidad civil extracontractual o en el de la responsabilidad penal culposa es común a ambas y consiste en poner de manifiesto si el médico cumplió con su obligación de medios actuando de acuerdo con la “*lex artis*” de la profesión y con el necesario deber de cuidado<sup>9</sup>.

En la práctica de la prueba pericial en procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria cobra especial relevancia la valoración del nexo causal, puesto que a través de ella habrá que establecer que las secuelas son debidas a la actuación de los profesionales sanitarios o al funcionamiento del servicio sanitario, y no a la mera evolución del proceso patológico. La responsabilidad patrimonial de la administración, al ser una responsabilidad objetiva, en la que, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, no se requiere la existencia de culpa o negligencia en la acción dañosa, condiciona que la relación de causalidad pase a un primer plano en la prueba pericial, constituyendo dicha relación uno de los temas claves y más complejos de este tipo de responsabilidad<sup>8</sup>.

## **LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL AL MÉDICO**

Si bien pudieran practicarse distintos medios de pruebas en un proceso de daños<sup>8</sup>, en el caso específico de la mala praxis médica hay dos que son indispensables: la historia clínica y la pericia médica, tratándose ésta de la prueba esencial en cuanto a la valoración de la actuación médica específica.

Caso el paciente haya fallecido a consecuencia de una presunta mala praxis médica resulta prioritaria la realización de la autopsia médico legal en la investigación. El informe de autopsia será fundamental, como afirma Pujol-Robinat<sup>10</sup> para *“correlacionar sus hallazgos con los diagnósticos clínicos que previamente se han establecido, y así poder valorar si se han producido errores diagnósticos o bien enfermedades no diagnosticadas previamente”*. Considerada también como método de valoración de la calidad asistencial, su valor pericial es extraordinario para evaluar los hechos en un proceso tras una denuncia médica.

Dentro de los medios de prueba que pueden aportarse como prueba documental por las partes o por el propio médico en un proceso de reclamación de responsabilidad profesional, destacan las Guías de Práctica Clínica, intentando demostrar, mediante su contenido validado y consensuado, la corrección o incorrección de la actuación médica. Como prueba documental, en principio, se trata de un elemento de seguridad jurídica y de amparo de la conducta médica que se basa en las indicaciones de aquélla<sup>11,12</sup>.

En relación a la práctica de la prueba pericial, es preciso recordar que *“cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”* (Art 335 Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil – (en adelante, LEC) - . Objeto y finalidad del dictamen de peritos)<sup>13</sup>.

Los dictámenes periciales, conforme a lo prevenido en la LEC, son de libre apreciación por el Juez, habiendo de tener en cuenta sólo las reglas de la sana crítica, sin que esté obligado a sujetarse al dictamen de los peritos; *“Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam”* *“el dicho de los peritos nunca pasa a autoridad de cosa juzgada”*<sup>14</sup>, y así lo señala reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Historia clínica constituye una pieza esencial en la mayoría de las pericias médicas, por lo que su examen debe ser un paso obligado siempre que sea posible. 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<sup>15</sup>, define la historia clínica como el conjunto de documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que intervienen en el proceso asistencial, con el fin de obtener la máxima

integración y conexión posible con la documentación clínica de cada paciente. La creciente judicialización de las actuaciones médicas, fundamentalmente en el campo de la responsabilidad sanitaria, han convertido a la historia clínica, y a la documentación clínica en general, en una fuente de prueba esencial en el proceso<sup>16</sup>.

Es el documento más adecuado para evidenciar una posible negligencia médica, representando además el mejor medio de defensa para que el médico pueda demostrar la inexactitud de las bases de la acusación contra él presentada, permitiendo, en su caso, desvirtuar los argumentos incriminatorios que se presenten en una denuncia o en una imputación contra el profesional de la medicina<sup>17</sup>. La prueba pericial se debe desglosar en dos apartados, perfectamente diferenciados a saber; la valoración de la calidad de la historia clínica, así como la valoración de su contenido y de los datos médicos, sanitarios y complementarios obrantes en el supuesto de evaluación de la actuación profesional del médico<sup>18</sup>. Por todo ello, se trata quizás del elemento probatorio, fuera de las testificales, más importante para ser evaluado y desgranado, de forma pormenorizada, y poder conocer con exactitud los hechos<sup>18</sup>.

### **CUESTIONES EN TORNO A LA ACEPTACIÓN DEL ENCARGO PERICIAL Y NORMATIVA REGULADORA DE SU PRÁCTICA**

El artículo 341 de la LEC impone a los colegios profesionales o, en su defecto, a entidades análogas, así como a academias e instituciones culturales y científicas la elaboración y remisión, anual, de un listado de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. Los colegios profesionales deben encargarse de velar por la cualificación profesional y ética de aquellos colegiados que desean incorporarse o permanecer en el listado anual de peritos<sup>13</sup>. Cuando el perito es designado por el órgano judicial a instancia de alguna de las partes, de ambas, del fiscal o del juez, está obligado a aceptar el cargo, a no ser que exista justa causa para lo contrario.

Resulta de especial interés para quienes desarrollan o están interesados en desarrollar la actividad pericial conocer los derechos y obligaciones que al perito le corresponden<sup>19,20</sup>.

En el ejercicio de dicha actividad pericial, el perito debe respetar las disposiciones contenidas en el artículo 62 del Código de Ética y Deontología Médica<sup>21</sup>, que señala que el médico tiene el deber de acudir a la llamada de los jueces y tribunales, auxiliando a las administraciones en aquellos asuntos que, siendo de su competencia, redunden en el bien común, siempre respetando el secreto profesional con las únicas

excepciones detalladas en este mismo Código. Así mismo, el médico que fuese citado como testigo en virtud de nombramiento judicial, tiene la obligación de comparecer, preservando el secreto médico hasta donde sea posible y sólo revelando aquello que sea estrictamente necesario para la resolución del asunto judicial. De otro lado, indica que el médico no debe aceptar una pericia médica para la que no posea capacitación profesional o caso no estuviera dispuesto a defenderla en juicio oral. Si fuese obligado a ello estará legitimado para acogerse a la objeción de ciencia.

La norma deontológica establece que el cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada e indica que el médico no debería prestarse a actuar como testigo-perito.

Junto a las cualidades clásicas de imparcialidad, veracidad, prudencia, reflexión, sentido común y capacidad de juicio para jerarquizar los hechos objeto de análisis que han de concurrir en torno a la figura del perito médico, en este tipo de procedimientos, a la labor pericial se ha de añadir un plus de exigencia en estas propiedades tradicionales, no debiendo restar duda alguna en torno a la tendencia a su buena práctica pericial<sup>4</sup>.

En ocasiones para que el perito médico alcance con suficiente rigurosidad científica conocimiento del alcance del daño sufrido por el paciente, resulta cuestión primordial para llevar a efecto la pericia médica que éste precise de exploraciones del afectado, siendo entonces obligada la obtención del consentimiento informado del mismo. Si partimos de la base de que el consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios es un presupuesto y elemento integrante de la “*lex artis*”, parece obvio matizar que sin este consentimiento la pericia no se ajustaría a la misma<sup>22.23</sup>.

## **ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES**

Lo cierto es que las demandas por responsabilidad profesional son una realidad actual, compleja y costosa, que concierne a los profesionales e instituciones de la salud, a los pacientes, a los legisladores, a las autoridades judiciales y a los gestores de recursos, entre otros<sup>24</sup>, tratándose tan sólo de la punta del iceberg del problema central de la atención de la salud y las enfermedades que no es sino la seguridad del paciente, entendiendo ésta como el conjunto de normas, las prácticas y los sistemas relacionados con la prevención de lesiones médicas.

El mercantilismo que impera en nuestra sociedad, junto al conocimiento a través de los medios de comunicación de los casos de presunta mala praxis médica que llegan a los tribunales, en los cuales el médico es condenado a reparar el daño causado mediante la correspondiente indemnización, y el conocimiento por parte del paciente de la existencia de pólizas de seguros que cubren la responsabilidad profesional del médico facilitarían igualmente la presentación y el incremento de tales demandas judiciales.

En consonancia con lo anterior, cabría mencionar el cambio operado en el propio ejercicio profesional, que ha pasado de una situación intimista, *cuasi* familiar, cuyas relaciones con el paciente reposaban sobre un principio de total confianza, a otra situación mucho más despersonalizada, coincidente con el desarrollo de la medicina hospitalaria, con los mayores conocimientos científicos, alta tecnología, trabajo en equipo y la correspondiente diversificación de la responsabilidad, junto a la gestión de diversos niveles asistenciales, todo lo que ha permitido una mayor eficacia en los medios diagnósticos y de tratamiento, no exentos de mayores riesgos, al ser notablemente más agresivos en algunos casos, y en los que el médico para el paciente suele ser en gran número de casos *“un médico”*, no personalizado, existiendo por consiguiente un cierto alejamiento personal y una relación médico-paciente no basada en la confianza tradicional.

A mayor abundamiento, tales avances técnicos y los mayores conocimientos científicos, el mayor perfeccionamiento de la medicina, han conducido a la creencia errónea de que el paciente considera su curación no sólo como un derecho, que realmente lo es, sino que la curación ha de ser, además, completa y rápida. Como señala Soto Nieto<sup>25</sup>, *“los supuestos en que un profesional sanitario puede verse implicado en su responsabilidad se acrecientan en proporción directa con el imparable progreso de la ciencia médica y la renovación incesante de sus técnicas”*.

Así en el contexto de tales reclamaciones resulta fundamental la elaboración de un informe pericial que evalúe, no solamente el daño, sino la adecuación o no de la asistencia médica recibida por parte de un paciente, su nexo de unión con el resultado dañoso y, finalmente, si se trataba de un daño evitable con una mayor diligencia, prudencia y pericia o si, por el contrario, el resultado es algo consustancial con la naturaleza de actuación médica correctamente indicada y, por consiguiente, el paciente ha de soportar las consecuencias del mismo<sup>8</sup>.

El perito médico, debe ser siempre muy consciente de la dificultad y trascendencia de esta prueba pericial en procesos de reclamación de responsabilidad profesional, debiendo extremar la prudencia, esencialmente, por rigor científico y deontológico.

La prudencia en las conclusiones plasmadas en el informe pericial emitido en un procedimiento de reclamación de responsabilidad profesional del médico ha de tener como base la solidez de los datos analizados, la consistencia lógica del razonamiento, y siempre teniendo presente que los destinatarios finales son profesionales del derecho, como señala Luna Maldonado, *“por lo que la claridad debe ser una meta necesaria, siempre acompañada de la honestidad y del conocimiento”*<sup>26</sup>.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Simonin, C: Medicina Legal Judicial. Reimpresión 2ª ed. Española. Editorial Jims. Barcelona, 1973.
2. Hufton Pozo, M. La prueba pericial en los procedimientos de responsabilidad sanitaria. TFM de Derecho Sanitario. CEU Universidad San Pablo. Madrid. Disponible en: <https://www.aeds.org/XXIIIcongreso/ponencias/TFM-Monica-Hufton-Pozo.pdf>
3. Galán Cáceres, J.C. La prueba pericial médica. En: Medicina y Responsabilidad Legal. Galán Cáceres, Badajoz, 2014
4. Hernández Gil, A. La prueba pericial médica y su transcendencia en la mala praxis facultativa. Curso *“Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica”*. CEJ. Madrid: 18-19 de abril de 2017.
5. Hernández Gil, A., Hernández Moreno, J. Causas y consecuencias de las Reclamaciones Judiciales por Mala Praxis Médica. La Responsabilidad Jurídico Sanitaria. Editorial: La Ley, 2011. p.357-436).
6. Catellano Arroyo, M., Ferrara S.: La responsabilidad profesional médica en Europa. Rev Esp Med Legal. 2014;40(4):161-166.
7. De La Cruz Rodriguez, J.G. La peritación médico-forense en casos de responsabilidad médica. Curso *“Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico”*. Responsabilidad del Médico Forense. CEJAJ. Madrid, Noviembre 1999.
8. De La Cruz Rodriguez, J.G. Aspectos prácticos y/o polémicos de la prueba pericial en responsabilidad profesional sanitaria. Curso *“Responsabilidad profesional sanitaria y protección de datos”*. CEJ. Madrid, 2015.
9. Menéndez de Lucas, J.A., en Cuestiones médico forenses en la práctica clínica, Ed. Master Line, Madrid, 1999.
10. Pujol-Robinat A, Martin-Fumadó C, Giménez-Pérez D, Medallo-Muñiz J. Criterios medicolegales en la valoración de la responsabilidad profesional médica. Rev Esp Med Legal. 2013; 39 (4): 135-141.
11. Ferrara SD, Baccino E, Bajanowski T, Boscolo-Berto R, Castellano, M., De Angel, R. et al.: Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods of Ascertainment and Criteria of Evaluation. Int J Legal Med. 2013;127:545-57.

12. Ferrara SD, Boscolo-Berto R, y Viel G., editores. *Malpractice and Medical Liability. European State of the Art and Guidelines*. Heidelberg: SpringerVerlag; 2013.
13. LEY 1/2000, del 7 de Enero, de ENJUICIAMIENTO CIVIL. (BOE del 8 de Enero del 2000).
14. Galán Cáceres, J.C., *“La pericia médica: Una prueba trascendente en el proceso penal”*, XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, octubre 2011.
15. 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 15-11-2002).
16. Gómez Piqueras, C. La historia clínica. Aspectos conflictivos resueltos por la Agencia Española de Protección de Datos, en *El derecho a la protección de datos en la historia clínica y en la receta electrónica*, AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 145.
17. Siso Martín, J. La historia clínica y su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio. Curso *“Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica”* CEJ. Madrid 18 y 19 abril 2017.
18. De la Higuera Hidalgo, J. La Prueba pericial médica. La historia clínica. Plan extraordinario. Asociación de Fiscales-Derecho y Medicina. Madrid: CEJ. 2006.
19. De Lorenzo y Montero, R.: *“El médico-perito y su responsabilidad profesional”*, Redacción Médica, número 2320, 28 de mayo de 2014.
20. De Lorenzo y Montero, R: *“El acto pericial”*, Redacción Médica, número 2110, 30 de octubre de 2013.
21. Código de Deontología. Guía de Ética médica. OMC. 2011.
22. COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA, DERECHO MÉDICO Y VISADO DE LA OMC. Decálogo del Consentimiento Informado. Disponible en: [https://www.cgcom.es/noticias/2016/06/16\\_06\\_21\\_decalogo\\_consentimiento\\_informado](https://www.cgcom.es/noticias/2016/06/16_06_21_decalogo_consentimiento_informado)
23. Hidalgo Fernández, P. Informar para consentir. Responsabilidad del Médico. Ed. icomBA, Badajoz, 2013.

24. Tamara P. LM., Jaramillo S., Muñoz P. LE. Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. Rev. Colomb. Anesthesiol. Noviembre 2011 - enero 2012. Vol. 39 - No. 4: 489-505
25. Soto Nieto, F: Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos. La Ley, 1995; 3773: 1-9.
26. Luna Maldonado, A. El informe pericial en cirugía plástica. Curso *“Cirugía reconstructiva y estética: técnicas y complicaciones de interés forense”*. CEJ. Madrid. 2013).

**LA HISTORIA CLÍNICA:  
SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE  
RESPONSABILIDAD SANITARIA Y  
SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO**

**Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona**

*Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz*

## INTRODUCCIÓN

El gran problema del juez en un pleito es siempre la elección. Juzgar es dar a cada uno lo suyo, pero el paso previo para alcanzar ese fin, consiste básicamente en eso, en una elección, en tomar partido, en dar la razón a uno u otro. El juicio es una contienda en la que hay dos partes enfrentadas: el demandante que afirma y el demandado que niega. El juez está en medio y tiene que decantarse por un litigante. La función del juicio es precisamente superar la incertidumbre. Y en esta encrucijada, el juez no puede obrar de modo aleatorio, a modo de una suerte ciega.

Un ilustre procesalista, Piero Calamandrei, al hilo de las distintas soluciones adoptadas por la humanidad para resolver conflictos, se hacía eco del método empleado por una tribu salvaje. Cuando surgía un litigio, los dos contendientes eran atados a sendos palos clavados junto a un lago y, a igual distancia de la orilla del agua, allí eran abandonados a la espera de sentencia. Al poco tiempo, de las aguas asomaba el juez, un cocodrilo: el litigante devorado era quien perdía el pleito.

En nuestros días, los conflictos ya no se resuelven de forma tan cruenta. El juez toma sus decisiones sin más auxilios que el derecho y los hechos, pero su elección, en muchas ocasiones, no es sencilla. Este mismo problema, el de la elección, se reproduce en los procesos de responsabilidad sanitaria. El resultado de estos procedimientos viene condicionado de forma sustancial por los dictámenes. Más que los abogados, son los peritos los que llevan el peso del procedimiento. Es verdad que, muchas veces, detrás de todo buen perito, hay un buen abogado. En el sistema vigente donde, con carácter general, las designaciones de perito vienen a depender de los litigantes, suele existir una relación estrecha entre el perito y el abogado, donde éste también cuenta mucho a la hora de sacar lo mejor de la prueba pericial.

También es verdad que las pruebas periciales no acreditan de forma irrefutable un hecho: expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalecen necesariamente sobre otros medios de prueba (sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo 514/2017, de 30 de julio).

No es prueba tasada. Su fuerza probatoria reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna y también en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes.

## LA HISTORIA CLÍNICA

Siendo la pericial la prueba reina del procedimiento de responsabilidad sanitaria, para que puede realmente alcanzar su fin, debe descansar de modo necesario en un documento único y trascendental: la historia clínica (en adelante HC).

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en sus artículos 14 y 15, viene a decir que la HC es el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e informaciones sobre el estado de salud y la evolución clínica de un paciente a lo largo de su proceso asistencial. En nuestro ámbito territorial, hay que citar también los artículos 31 y siguientes de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura.

La fuente de todo dictamen ha de ser tal documento. Debe ser su punto de partida y también su punto de llegada. Una pericial hecha a espaldas de la HC estará en general viciada de origen y tendrá en circunstancias normales escaso recorrido probatorio. Es más, hasta la propia ley, consciente de su relevancia, prevé que la HC se conserve, entre otros fines, a efectos judiciales (artículo 17.2 de la Ley 41/2002).

## SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

Como rastro documental del proceso asistencial del paciente, metafóricamente llamada la caja negra, es la fuente de información en principio más importante.

La HC es un medio de prueba de carácter documental. Es el reflejo de la actividad asistencial, el relato de un proceso médico. Relato que no es verdad irrefutable: puede corresponderse o no con la realidad. Ahora bien, se presume en principio que lo plasmado en ella es cierto.

En cuanto a su naturaleza, debemos recordar que la ley distingue entre documentos públicos y privados. Conforme al artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son documentos públicos, entre otros, los expedidos por funcionarios públicos que den fe en el ejercicio de sus funciones o con referencia a archivos de la Administración.

La ley, aparte de los referidos documentos públicos, alude también a los restantes documentos administrativos. Y documentos privados serían todos los demás.

La HC, en el ámbito de la sanidad pública, es en principio un documento público porque está expedido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Y en todo caso, sería un documento administrativo. En cambio, una HC extendida en el

marco de la sanidad privada no sería documento público o administrativo, ni siquiera aun cuando el facultativo fuera también funcionario público, porque no la estaría confeccionando en el ejercicio de sus funciones públicas.

La concreta naturaleza del documento tiene importantes repercusiones en dos ámbitos diferentes. Uno, en el campo de la responsabilidad y, otro, en su aspecto procesal.

El Derecho, por la seguridad del tráfico, protege especialmente la autenticidad del documento público. Trata de evitar que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos de prueba que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes. Todo funcionario público tiene el deber de asegurar la veracidad de los documentos que emite y custodia. El artículo 390 del Código Penal castiga con penas de 3 a 6 años de prisión e inhabilitación de 2 a 6 años a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones y según determinadas conductas, cometa falsedad. Sin embargo, cuando se trata de un documento privado, la falsificación se castiga solo con pena de prisión de 6 meses a dos años y exige además que sea en perjuicio de otro. Asimismo, en estos supuestos, no hay delito cuando la falsedad consiste en faltar a la verdad en la narración de los hechos (artículo 395 del Código Penal).

Por otra parte, como veremos a continuación, la ley da distinto valor probatorio a los documentos públicos que a los privados.

### **SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO**

El documento público hace prueba plena del hecho (*iuris et de iure*), acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan en ella (artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Hay que matizar que esa prueba plena, claro está, no alcanza al propio contenido del documento.

Cuando se trata de documentos administrativos, a falta de expresa disposición legal, hacen la misma prueba que los documentos públicos, pero con carácter *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario. Pero siempre refiriéndonos a la fecha en que se otorga y a las personas que intervienen.

Por su parte, los documentos privados se asimilan a los públicos cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen (artículo 326 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil). Cuando son impugnados y no se puede deducir su autenticidad, se valoran conforme a las reglas de la sana crítica.

A efectos prácticos, sin embargo, en el ámbito procesal, la HC suele tener el mismo peso con indiferencia de su origen. Es la mera condición de funcionario público la que dota a la HC de una naturaleza u otra. Pero es una cuestión formal, muy importante en el campo de la responsabilidad personal, pero más bien irrelevante en el ámbito probatorio-procesal. La práctica judicial enseña que este tipo de documentos, salvo casos excepcionales, se tienen por auténticos. Debemos insistir en que los documentos privados, aunque hayan sido impugnados y no cotejados, pueden ser valorados por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

Y dicho esto, en cuanto a su valor probatorio en sí, no cabe duda de que es un medio de prueba fundamental, siempre presente en los procedimientos de responsabilidad sanitaria. No se debe perder de vista el fin principal de la HC: garantizar una asistencia adecuada al paciente (artículo 16.1 de la Ley 41/2002). Incorpora la información que se considera relevante para el conocimiento de la salud del paciente.

El historial médico no hace prueba por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios, pues no son verdades irrefutables. La HC no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, y debe ser confrontado con los demás medios probatorios.

La HC puede incluir anotaciones puramente subjetivas (artículo 18.3 de la Ley 41/2002). Tales anotaciones no son juicios clínicos, que se distinguen de las exploraciones, juicio diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

Es verdad, no obstante, que la valoración de este valioso documento, por su carácter técnico, escapa de las habilidades de los jueces y tribunales. Es decir, la HC se debe introducir en el procedimiento a través de los informes periciales. Evidentemente, debe procurarse la incorporación de la HC al procedimiento, siquiera con carácter resumido, pues el juez la puede necesitar para contrastar los informes periciales. Por ejemplo, a la hora de valorar los dictámenes, ha de verificarse si son fieles o no a la HC. Aunque esto no quiere decir que la HC sea dogma de fe.

Por otra parte, la falta de aportación de la HC puede ser también valorada a efectos probatorios. La ley, al relacionar las reglas de la carga de la prueba, contempla el llamado principio de la facilidad probatoria. La parte que tenga más a mano la HC puede verse perjudicada caso de que no sea traída al procedimiento. La ocultación de pruebas también se puede tener en cuenta a la hora de fijar los hechos probados

(artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Puede suponer, según los casos, una presunción de culpabilidad.

En cuanto a su valoración, en general, como decimos, va a tener lugar de forma indirecta, a través de los dictámenes. Eso sí, como hemos visto, casi siempre hay que contrastar los informes con la HC. La HC viene a ser la espina dorsal del dictamen y el perito podrá apartarse de la HC, pero si lo hace deberá dar cuenta de ello de forma precisa y razonable, explicando los motivos.

Su valoración, por tanto, es doble: directa, mediante examen personal del propio documento; e indirecta, a través de la prueba pericial, que es la que, tras la correspondiente interpretación, traduce y hace comprensible al juez la HC.

En todo ello, abunda la jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo 456/2018, de 20 de marzo, recoge que las omisiones o defectos de una HC, en principio, no tienen la suficiente relevancia como para acreditar la existencia de una actuación sanitaria contraria a la *lex artis*. Por su parte, la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo 698/2016, de 24 de noviembre, recuerda que el historial médico no hace fe por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios, pues no tienen carácter intocable, ya que la historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser cierto.

Y no podemos terminar sin llamar la atención sobre las responsabilidades penales en las que puede incurrir el personal sanitario por causa de la HC. La sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo 298/2014, de 10 de abril, confirmó la condena a tres años de prisión de un neurocirujano por un delito de falsificación en documento público: a raíz de una denuncia, pasados ya dos años desde su confección, introdujo en la HC una anotación con fines exculpatorios. Y las sentencias de la sala de lo penal del Tribunal Supremo 15/2018, de 10 de enero; 40/2016, de 3 de febrero y 532/2015, de 23 de septiembre, condenaron a sendas penas de prisión a personal sanitario por examinar HC fuera de su ámbito de autorización: no caben accesos para satisfacer la curiosidad personal. El artículo 197 del Código penal protege el derecho a la intimidad y sanciona hasta con cuatro años de prisión los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

## CONCLUSIONES

Primero. La HC, aunque tiene como fin principal servir al proceso asistencial del paciente o precisamente por ello, constituye un medio de prueba fundamental en los procesos de responsabilidad sanitaria.

Segundo. El contenido de la HC, o incluso su falta de contenido, son elementos de juicio muy importantes a la hora de evaluar una posible negligencia médica. Puede ser una valiosa prueba de descargo y también de cargo. Por ello, aparte de otras consideraciones no menos importantes, por su eventual proyección procesal, la HC exige rigor y esmero en su confección.

Tercero. Por su propia relevancia procesal, no debe perderse de vista que la HC es mucho más que un simple documento. Cualquier manipulación con fines espurios, puede acarrear graves responsabilidades.

Cuarto. Con todo la HC no es prueba plena, ni prevalece de forma tasada sobre otros medios de prueba. Además, dentro del proceso, para resultar accesible y comprensible al juez, ha de pasar casi necesariamente por el tamiz de los informes periciales.

Quinto. Por último, aunque sea una obviedad, no debe olvidarse nunca que la HC contiene datos íntimos del paciente. Datos especialmente protegidos por la ley, al afectar a la salud de las personas. El acceso indebido a la HC es un delito y, además, un delito severamente castigado en el Código Penal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Calamandrei P. *Proceso y Democracia*. EJEA. Buenos Aires 1960.
2. Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed. Lex Nova. Valladolid, 2007.
3. Galán Cáceres, J.C. *Medicina y responsabilidad legal. Medicina y Derecho, dos mundos en convergencia*. Badajoz, 2014.
4. Gil Membrado, C. *La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*. Comares. Granada 2010.
5. Siso Martín, J. *Las variables jurídicas del ejercicio de la medicina: examen de la responsabilidad sanitaria*. Ramón Areces, 2008.

# HISTORIA CLÍNICA

**Manuel Fernández Chavero**

*Medicina del Trabajo*

*Presidente de la Comisión de Deontología del  
Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz*

*Vocal de la Comisión Central de Deontología de la O.M.C.*

La Historia Clínica es un documento crucial en la labor asistencial del médico y en la relación médico-paciente. Tal es su importancia que genera multitud de preguntas, dudas e incertidumbres; y justamente esa es la razón de este artículo. Intentar dar respuestas claras y sencillas.

- ¿Qué es la Historia Clínica?
- ¿De quién es la Historia Clínica?
- ¿Quién tiene el deber de su custodia y conservación?
  - Sanidad Pública
  - Sanidad Privada
- ¿La custodia es para siempre?
- ¿Se hereda la Historia Clínica?
- ¿Quién puede tener acceso a la Historia Clínica?
- ¿Son necesarias y útiles las anotaciones subjetivas?
- ¿Historia Clínica compartida y Confidencialidad
- ¿Qué repercusión legal puede tener la Historia Clínica?

## DEFINICIÓN

La palabra Clínica viene del griego *kliní* que significa cama y de *kliniké* que significa atender al paciente en la cama. La historia clínica sería el documento donde el médico registra todo aquello que hace en torno a la cama del paciente. Inspeccionar, palpar, auscultar, escuchar, aliviar, consolar y acompañar. Es decir, todo aquello que constituye la esencia de la Medicina: La relación entre dos personas que se ayudan y se necesitan.

En la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación se define la Historia Clínica como: *“el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”*.

En el Decálogo de la Historia Clínica de la OMC (año 2017) se define así: *“es el documento, escrito o digitalizado, que recoge el estado de salud/enfermedad del paciente*

*y de la asistencia sanitaria recibida. Como principio deontológico se redacta y conserva para la mayor calidad asistencial y seguridad del paciente; hacerla es un deber del médico y un derecho del paciente (artículos 19 y siguientes del CDM)”.*

## ¿DE QUIÉN ES LA HISTORIA CLÍNICA?

Antes de la Ley 41 /2002 existían varias teorías sobre esta cuestión.

- Teoría de la propiedad del paciente.
- Teoría de la propiedad del médico.
- Teoría de la propiedad del Centro Sanitario

A los médicos les pertenece la autoría de sus opiniones y criterios; al paciente le corresponde la información clínica y la opción de acceso por razones clínicas o legales así como poder autorizar el acceso y la obtención de datos por terceras personas. Al centro sanitario le corresponde todo el soporte material. La Ley 41/2002 no nos proporciona una respuesta clara sobre el derecho de propiedad porque los legisladores han entendido que quizás la cuestión primordial no es establecer un propietario absoluto. Porque sobre la historia clínica no sólo recae el derecho de propiedad sino que convergen otros muchos derechos como pueden ser el de acceso, utilización, conservación, custodia, secreto y también intereses, judicialmente protegidos, del médico, del paciente, de los centros e instituciones así como intereses públicos que es preciso determinar y dar respuesta.

## ¿QUIEN TIENE EL DEBER DE SU CUSTODIA Y CONSERVACIÓN?

- SANIDAD PÚBLICA
- SANIDAD PRIVADA

## SANIDAD PÚBLICA

Ley 41/2002:

- Artículo 17.1: 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 mí-

nimo, **cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.**

- Artículo 19. El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la presente Ley.

En nuestra particular Torre de Babel autonómica, nos encontramos:

- Cataluña: Ley 21/2000 de 29 de Diciembre: 20 años.
- Valencia: Ley 1/2003 de 28 de Enero: 5 años.
- Navarra: Ley Foral 11/2002 de 6 de Mayo: 20 años.
- País Vasco: Decreto 38/2012 de 13 de Marzo: 5 años.
- Galicia: Ley 3/2001 de 28 de Mayo: Indefinida.
- Cantabria: Ley 7/2002 de 10 de Diciembre: 15 años.
- Extremadura: Ley 3/2005 de 8 de Julio: 15 años.

### **Decálogo de la Historia Clínica de la OMC**

La conservación de la historia clínica es también un deber legal y deontológico, se hará en un soporte que permita su reproducción y consulta cuando sea necesario. Por el valor que tienen las historias clínicas, es una recomendación deontológica conservarlas durante todo el tiempo posible, siendo adecuada la disociación entre los datos clínicos y la identidad del paciente.

El centro asistencial es responsable de su conservación y su custodia, lo que se hará preferentemente bajo la responsabilidad de un médico.

### **SANIDAD PRIVADA**

Ley 41/2002:

- **Artículo 17.5.** Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

### **Declaración de la CCD de la OMC 2006**

Cuando el médico cese en el ejercicio privado individual, las historias clínicas serán transferidas al médico que se haga cargo de los pacientes, previo consentimiento de estos, o, en su defecto, al correspondiente Colegio Oficial de Médicos.

### **¿QUIÉN CUSTODIA LAS HISTORIAS DE LOS MÉDICOS FALLECIDOS?**

Esta cuestión no ha sido resuelta por la Ley 41/2002. Se produce un problema porque el responsable de su custodia es el propio médico, por tanto, no se pueden entregar a sus pacientes (si se podría entregar una copia mediante el ejercicio del derecho de acceso, pero ¿quién se la entregaría?). En la práctica, varios Colegios Oficiales de Médicos se están haciendo cargo de esa custodia, facilitando los accesos a los pacientes.

### **¿QUIÉN PUEDE TENER ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA?**

Esta es sin duda la cuestión más importante. El acceso y no la propiedad de la historia. Interesa acceder a la prueba sin que sea necesario apropiarse de la misma. Existe una gran dispersión normativa pero veamos que nos dice a tal efecto:

1. La Ley General de Sanidad
2. Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente
3. El Decálogo de la Historia Clínica de la OMC
4. Declaración sobre la Historia Clínica de la OMC. Año 2006

### **LEY 41/2002 DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE**

- Enfermo
- Familiares, allegados, representantes legales y similares
- Facultativos directamente implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo.
- Inspección médica
- Fines científicos

- Fines administrativos, de gestión o de inspección
- Fines Judiciales
- Fines epidemiológicos
- Salud Pública
- Investigación
- Docencia

Otros accesos:

- Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales
- Incapacidades Laborales
- Compañías de Seguro

El paciente tiene derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice este derecho. Este derecho puede ejercerse también por representación debidamente acreditada.

El derecho de acceso a la historia no puede ejercitarse en perjuicio de terceras personas a la confidencialidad ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer el derecho de acceso a sus anotaciones subjetivas.

El acceso a la historia clínica de pacientes fallecidos se facilitará a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo prohibición expresa del fallecido.

## **EL DECÁLOGO DE LA HISTORIA CLÍNICA DE LA OMC**

En pacientes incapacitados, o personas discapacitadas, se restringe el acceso a quienes sean su tutor o responsables legales.

En los menores, los padres tienen derecho a acceder a la historia clínica y el deber de proteger los datos de la misma.

## DECLARACIÓN SOBRE LA HISTORIA CLÍNICA DE LA OMC. AÑO 2006

- Un médico, por el solo hecho de serlo, no puede tener acceso a cualquier historia clínica si dicho acceso no está motivado y fundamentado en la asistencia al paciente.
- Los jueces pueden requerir la historia clínica especialmente cuando sea un elemento de prueba o convicción en un asunto criminal.
- En los procedimientos no penales (ámbito del derecho privado) no está plenamente justificado el acceso automático de la autoridad judicial a la historia clínica completa. En los procesos civiles, privados, puede haber datos de la historia clínica que se podrían utilizar para favorecer a una de las partes en detrimento de la otra

## ¿SON NECESARIAS Y ÚTILES LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS?

El problema radica en su propia concepción: ¿Qué es una anotación subjetiva? Ni la Ley 41/2002 ni el Código de Deontología Médica la define.

Hay varias y controvertidas definiciones. Entre ellas destacaremos la de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura que las define como: Las impresiones de los profesionales sanitarios, basadas en la exclusiva percepción de aquellos, y que, en todo caso, carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, sin que puedan tener la consideración de un diagnóstico.

En lo que sí existe más acuerdo es en las características que deben reunir las anotaciones subjetivas. Opiniones de expertos como el Catedrático de Medicina Legal de Granada, Dr. Enrique Villanueva, o el Dr. Rogelio Altisent de la Cátedra de Profesionalismo y Ética Clínica de Zaragoza coinciden en:

- No caben anotaciones en las que se falte o denigre la dignidad del enfermo.
- El médico deberá guardar las normas éticas y estéticas que regulan la relación médico-paciente.
- Hay que guardar siempre las reglas de decoro y decencia.
- No pueden tener la consideración de anotación subjetiva una ocurrencia o un comentario soez sobre la vida del enfermo.
- No se deben realizar juicios peyorativos.

- Toda anotación subjetiva tiene que tener una justificación ética.
- Deben servir para justificar las peculiaridades de un caso.
- No deben servir para hacer comentarios, al margen del hecho clínico, ni sobre el paciente ni sobre los propios compañeros.

### ¿QUIÉN ES EL PROPIETARIO DE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS?

El Código de Deontología es contundente en su respuesta: Artículo 19.5: *Las anotaciones subjetivas que el médico introduzca en la historia clínica son de su absoluta propiedad.*

La Ley 41/2002 en su artículo 18.3 dice: *Los médicos pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.*

¿Son valiosas las Anotaciones Subjetivas? Es evidente que sí en cuanto que pueden dar luz en:

- Situaciones de síntomas mal definidos.
- Incertidumbres diagnósticas.
- Pueden justificar peculiaridades de casos complejos.
- Pueden justificar ciertas conductas.
- Pueden ser claves en casos de sospechas de incumplimientos terapéuticos.
- Tratamientos no declarados.
- Hábitos no reconocidos.
- Sospecha de malos tratos.
- Comportamientos insólitos y un largo etc.

Deben ser accesibles para otros compañeros que pueden encontrar claves y facilidades diagnósticas y de trato con el enfermo y su entorno familiar.

### HISTORIA CLÍNICA COMPARTIDA Y CONFIDENCIALIDAD

El Artículo 18.4 de la Constitución Española nos dice: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Pero por otro lado hay que reconocer que, en el ámbito de la salud, es imposible gestionar los servicios sanitarios sin una correcta informatización de los mismos. Se genera por tanto un conflicto entre el derecho a la privacidad informática y la imparable utilización de las TIC y sobre todo si estos datos son además compartidos por los diferentes agentes de salud.

En la Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley 15/99) vemos que

- **Artículo 7.1:** En este artículo se incluyen los datos sanitarios del “núcleo duro” de la privacidad: *“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”*.
- **Artículo 7.2:** *“Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”*. **Sin embargo:**
- **Artículo 7.6:** *“Podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”*.
- **Artículo 8:** *“ 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”*

## ¿QUIÉN PUEDE ACCEDER A LA HISTORIA CLÍNICA COMPARTIDA?

### 1. Los profesionales sanitarios

*Cualquier profesional sanitario que necesite los datos del contenido de la historia compartida debe poder acceder a la misma para garantizar la continuidad asistencial del paciente. Pero al ciudadano se le plantean unas dudas: ¿Todo el que entre en mi historia clínica debe acceder a todos los datos de la misma? ¿Mis datos más íntimos pueden estar a la vista de todos o puedo decidir qué datos íntimos están a la vista de mi médico pero no del resto de visitantes?*

### 2. Instituciones sanitarias

La cesión de datos entre las mismas está legalmente permitida con una única finalidad: asistencial. Así lo establece la ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: Capítulo V: Artículos 54 y 56.

### 3. Actividades de investigación, epidemiología y docencia

Estas actividades vienen reguladas en la Ley 44/2003 de Ordenación de la Profesiones Sanitarias (Artículo 11).

### 4. Los usuarios

El titular de la información que contiene la historia clínica y también en la historia clínica compartida es el ciudadano. Debe tener por tanto la capacidad y la posibilidad de gestionar esos datos. La capacidad depende del propio ciudadano pero la posibilidad de acceder depende de la Administración. Por eso la Administración debe poder dar respuesta a estas preguntas del ciudadano:

- ¿Cómo puedo gestionar los datos de mi historia clínica compartida si los desconozco?
- ¿Cómo se accede a los datos de mi propia historia clínica compartida?
- ¿Dónde se me puede informar para acceder a mi historia?
- ¿A qué datos puedo acceder?
- ¿Puedo saber o conocer quien ha accedido a mi historia?

Lo más importante en la historia clínica compartida, y en la historia clínica en general, es el acceso:

- Quién puede acceder.
- A qué puede acceder.
- Por qué motivos puede acceder.

El objetivo es triple:

- Que los profesionales puedan hacer su trabajo.
- Que los pacientes tengan un buen servicio.
- Que los pacientes puedan ejercer sus derechos ARCO: Acceso-Rectificación-Cancelación-Oposición.

Sin olvidar que la meta final es siempre la confidencialidad.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Constitución Española
2. Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente
3. Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos de Carácter Personal
4. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
5. Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
6. Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
7. Código de Deontología Médica del CGOMC. Año 2011
8. Comisión Central de Deontología (CCD): Decálogo de la Historia Clínica de la OMC. Año 2017.
9. Declaración de la CCD sobre la Historia Clínica. Año 2006
10. Dr. Mariano Casado: *“Valoración médico-legal de la Documentación Sanitaria”*; *“Manual de Documentos Médico-Legales”*
11. Dra. María Ibáñez. Vicepresidenta Primero de la Junta Directiva del IcomBA
12. Centro de Estudios Jurídicos
13. Revista de Bioética y Derecho
14. D. Ricardo de Lorenzo. Experto en Derecho Sanitario.

**ASPECTOS PENALES Y CIVILES EN LAS  
RECLAMACIONES LEGALES CONTRA LOS  
PROFESIONALES SANITARIOS**

**Juan Calixto Galán Cáceres**

*Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz*

## BREVE APROXIMACIÓN AL PANORAMA HISTÓRICO DE LAS RECLAMACIONES LEGALES EN MATERIA SANITARIA

Como ya expresaba en mi libro *“Medicina y responsabilidad legal”*, en cuanto al escenario actual de las reclamaciones sanitarias significamos que el aumento de denuncias penales ha sido espectacular en los últimos tiempos cuando – y como recoge el Magistrado José Manuel Martínez Pereda en su obra *“La responsabilidad penal del médico y del sanitario”*. Edit. Colex. 1.997, si en otros los años 70 y 80 no se llegaron a 50 denuncias anuales de contenido penal contra los médicos por actuaciones supuestamente erróneas, a finales de 1.980 se pasaba de 150.

Ahora, en la actualidad aun siendo un dato aproximado, ya que no es posible verificarlo con certeza se ventilan alrededor de 100.000 demandas por negligencias médicas en España, (cuadruplicándose en la última década), según se ha expresado en el primer Congreso Nacional de responsabilidad médica celebrado en mayo 2013 en Santiago de Compostela. Nosotros entendemos que esta cifra es algo exagerada, y según otras fuentes, las reclamaciones sanitarias en España en el momento actual oscilarían entre 60.000 y 70.000, (específicamente reclamaciones administrativas y judiciales) como ya señalaba la Sociedad Española de Calidad Asistencial en un Estudio relativo al año 2.002, donde las cuantificaba en 50.000 las reclamaciones por responsabilidad médica, con un 18% de éxito en las mismas, según esta fuente, incluyendo todas aquellas que se realizan en los Servicios de Atención al Paciente, pero no las concernientes a listas de esperas o pequeños problemas de intendencia sanitaria y que finalmente no llegan a los Juzgados por transacción o desestimación de la solicitud.

Los datos que proporciona ADEPA tiene en nuestra opinión un carácter meramente orientativo, pues entendemos que hay un buen número de reclamaciones sanitarias que se sustancian en las vías jurisdiccional al margen de la meritada Asociación que siempre propone un escenario tuitivo y de orientación a las posibles víctimas de negligencias sanitarias. En los últimos años esta Asociación acoge una media que se sitúa entre las 13 y 15.000 reclamaciones contra profesionales sanitarios, e insistiendo en ese perfil incompleto a efectos estadísticos, es significativo que en la Memoria de ADEPA del 2.019 se contemplan un total de 13.454 denuncias de negligencias médicas (881 menos que en 2018), las cuales provocaron 757 muertes (53 menos que el año anterior) debido, sobre todo, al error del diagnóstico.

En el 2.019 se recibieron un total de 295 denuncias por negligencias médicas en Extremadura, de ellas 183 en la provincia de Badajoz y 112 en la de Cáceres, siendo

las reclamaciones, especialidades y servicios más denunciados son: listas de espera; urgencias; cirugía general; traumatología; y el transporte sanitario (ambulancias). En cualquier caso y con absoluta razón se insiste por esta Asociación en la carestía de facultativos cuya plantilla de profesionales *“se va reduciendo año tras año”*, por lo que considera que *“va a ser bastante complicado garantizar la asistencia sanitaria los próximos años en la región por falta de planificación de los recursos humanos”*.

## **EL ÁMBITO PENAL DE LAS DENUNCIAS CONTRA LOS MÉDICOS:**

- **El marco de una regulación penal desconcertante**

La naturaleza conminatoria y especialmente grave que representa la aplicación del derecho penal para todos los ciudadanos y profesionales de la medicina exige en general, y en concreto para la regulación de la imprudencia, un marco normativo de seguridad y estabilidad, que desgraciadamente no se ha dado en el ordenamiento jurídico español en los últimos tiempos, como a continuación veremos.

Desde el código penal del año 1.995 se han producido 3 regulaciones legales, que son en definitiva, 3 maneras diferentes de evaluar la responsabilidad penal en los supuestos de cualquier negligencia, y por supuesto también las de carácter sanitario.

Para no complicar excesivamente esta exposición señalar que desde 1.995 coexistía la imprudencia grave con resultado de muerte o lesiones (la llamada imprudencia temeraria) con la imprudencia leve con resultado de muerte y de lesiones graves, en estos últimos casos la responsabilidad se sustanciaba por el antiguo y desaparecido juicio de faltas (derogados Arts. 142, 152, 617 y 621 del C.P.).

En el 2.015 se produce un cambio cualitativo muy importante en esta regulación legal, pues aparece una nueva categoría de imprudencia que es la menos grave, junto a la grave, tanto para resultado de muerte, como de lesiones, pero sólo en los casos de lesiones del Art 149 y 150 que son las de extraordinaria importancia por el resultado lesivo: pérdidas de miembros o sentidos, esterilidad, castración, grave deformidad, etc. Del mismo modo por esta LO 1/15 desaparece la imprudencia leve, pasando estos supuestos a ser despenalizados y reclamables por la vía civil o contenciosa administrativa. Las dos consecuencias fundamentales de esta regulación es que con la imprudencia menos grave se dotaba de una nueva posibilidad de punición en el ámbito delictivo a los juzgados y tribunales, y para los profesionales médicos suponía en el caso de resultado lesivo un peldaño más de exigencia que en la regu-

lación anterior, pues la culpa tenía como mínimo que ser menos grave y el resultado de lesiones de grandes proporciones como hemos comentado anteriormente.

Así las cosas, por una presión social importante en el ámbito del tráfico y de la circulación rodada, nos encontramos con que el legislador revisa la regulación de las imprudencias, pero sorpresivamente, no sólo para el tráfico, sino también para cualquier tipo de negligencia (incluidas las de carácter médico) y aborda una regulación que supone una vuelta atrás en la evaluación delictiva porque va a incluir en el marco de la imprudencia menos grave cualquier resultado que exija tratamiento médico sin más, abandonado la regulación anterior, que la menos grave se reservaba sólo para resultados importantes como anteriormente mencionamos. Ello se realiza por la LO 2/2.019 de 1 de marzo, y la regulación vigente queda de la siguiente manera para los resultados de muerte y lesiones:

#### *Artículo 142*

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico,

circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

### *Artículo 152*

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

- 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

- 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

- 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

2.2 Los elementos generales de la negligencia sanitaria cuando adquiere carácter delictivo. Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar (art. 2 Código Penal de 1822).

Recordemos pues al profesor Mezger, cuando con evidente acierto afirmaba que *“actúa imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”*.

- **Los elementos generales de la negligencia sanitaria cuando adquiere carácter delictivo**

Resumiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la conceptualización de la imprudencia, los elementos concurrentes son: 1º) Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual; 2º) Actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presciencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; 3º) Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuer de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional; 4º) Originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; 5º) Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desataador del riesgo, y el daño o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo

Ciertamente nos gustaría abordar el estudio de estos elementos pero por motivos de espacio no podemos realizarlo.

- **Una valoración jurisprudencial sobre la gravedad de la imprudencia.**

Resulta francamente difícil la distinción sobre la gravedad y la naturaleza de la imprudencia, y ello se complica extraordinariamente con la inclusión de la imprudencia menos grave. Muy sintéticamente podemos señalar que para valorar la concurrencia de la imprudencia grave o menos grave, - ya que el resultado lesivo está perfectamente recogido en los preceptos expuestos- hay que recurrir a la jurisprudencia. Y para ello, el Tribunal Supremo señala en Sentencia 291/2001 de 27 Feb. 2001, Rec. 4006/1999 que: *“La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta”.*

- **El estudio de la nueva imprudencia menos grave en el ámbito sanitario y las especiales consecuencias de esta nueva regulación delictiva**

Nos gustaría un estudio más profundo de esta nueva clase de imprudencia, pero por su importancia iremos directamente a las conclusiones que su inclusión en el marco normativo ha producido: Así pues, la primera y significativa conclusión es que la Imprudencia menos grave (incluida la Sanitaria) es un DELITO LEVE, ya que la pena de 3 meses de donde parte es una pena leve conforme al Art 33.4.g) y 13.4, ambos del c.p. En segundo lugar, y como segunda conclusión significativa, podemos establecer que la Imprudencia menos grave con resultado de Lesiones, ahora incluye todas las lesiones que precisen tratamiento médico y también por supuesto las más graves o cualificadas Arts. 147 149 y 150 del C.P.

En tercer lugar, desaparece como figura principal conjunta la Imprudencia Profesional para la imprudencia menos grave, y en consecuencia resulta ausente de modo general la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para los profe-

sionales sanitarios, que igualmente queda reservada exclusivamente para la imprudencia grave del primer párrafo del Art 152.1 del C.P.

En cuarto lugar, y como consecuencia de la naturaleza de delito leve los casos de imprudencia menos grave, ya se sujetan al nuevo plazo de prescripción de 1 año (Art.131.1. inciso 4) º, lo que obliga a las víctimas y perjudicados a estar diligentes en sus reclamaciones frente a Facultativos y Personal Sanitario para que no transcurra el plazo extintivo de la prescripción.

Como quinta consideración es de gran importancia la afirmación de que el ejercicio de la acción penal queda en manos del perjudicado o su representante legal (menores e incapaces), de tal forma, que controlan la prosecución delictiva, que ciertamente al ser un delito leve, el legislador ha querido expresamente bajo el prisma de los principios de oportunidad penal y de intervención mínima que de modo expreso sanciona la reforma, solo tengan reproche penal obligatorio aquellos casos de mayor plus de antijuricidad y reprochabilidad.

La consecuencia sexta de la nueva regulación es que al tener la consideración de delitos menos leve los supuestos de imprudencia menos grave de los Arts. 142 y 152 del C.P., serán juzgados por el Juez de Instrucción como tal delito leve con el trámite del modificado Art. 962 de la Lecrm, lo que ciertamente puede envolver muchas dudas de carácter constitucional respecto de la separación de funciones del Juez en instruir y juzgar aquellos casos de imprudencia médica, habitualmente de instrucción compleja.

Finalmente en séptimo lugar desaparece la posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación especial al médico que comete una imprudencia menos grave de los Arts. 142.2 y 152.2 (muerte y lesiones) como pena accesoria, pues en tal sentido el Art 56 del C.P. exige imposición de pena privativa de libertad para el culpable inferior a 10 años, lo que no sucede en los casos de los Arts. 142.2 y 152.2 del C.P. (imprudencia menos grave) ya que, como hemos visto, la pena es de Multa de 3 a 18 meses en los de resultado de muerte y de 3 a 12 en los de las lesiones de los Arts. 149 y 150 del C.P.

- **Reseña jurisprudencial que nos acercan al entendimiento de la negligencia penal sanitaria**

Vamos a comenzar con la hermosa literatura que recoge la Sentencia de la Aud. Prov. de Barcelona de 24 de Abril de 1.986 cuando de modo muy ilustrativo expresaba: *“La profesión médica, como la sanitaria en general, constituye una de las más fértiles*

*en problemas de todo género notablemente en lo que respecta a la culpa, de la máxima dificultad*"; ello es debido, en primer término, al propio carácter de dicha ciencia, inexacta por definición, en que tantos y varios factores, ciertamente imprevisibles, entran en juego; sobre todo por lo que la Medicina tiene de colaboración con la naturaleza, expresada en el famoso brocardo aristotélico "*medicus curat, natura sanat morbus*" – que sería algo así como- (El médico pone el tratamiento, pero la naturaleza sana la enfermedad), eso sin contar con la parte que corresponde al azar en la curación, según el paralelo proverbio cervantino de "*Dios da la llaga y la Medicina*"; en éstas condiciones, cuando tantos e incontrolables factores se entrecruzan en el binomio enfermedad-curación la dificultad de decidir cuál ha sido el determinante del daño que se pretende incriminar, frisa en la imposibilidad en la mayoría de los casos.

Y para nosotros, en esta selección de este breve repertorio jurisprudencial que vamos a realizar en materia penal, lo realmente importante ya lo dijo en 1.982 el Excmo. Sr. Rodríguez López en una luminosa Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 1982, cuando expresó como Ponente "*Lo decisivo para el derecho no es el error científico en sí, sino la causa humana del error...*"

Ciertamente, detrás de esta frase se condensan todos los análisis que la Judicatura en sus distintos órdenes jurisdiccionales realiza a la hora de analizar los comportamientos humanos en los eventos dañosos y lesivos para los pacientes. Juicio de valor que en sede penal alcanza su más delicada expresión por las consecuencias de una sentencia condenatoria en el castigo de las conductas de especial negligencia.

En cuanto a los aspectos generales de la culpa penal médica es interesante la EDJ 2015/64702 SAP Castellón de 18 febrero 2015 AP Castellón, sec. 1ª, S 18-2-2015, nº 73/2015, Rec. 10/2015, curiosamente en relación contra perforación vesical. Recuerda la Sala que la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre ésta y el daño exista una adecuada relación de causalidad.

Mas en concreto respecto de la imprudencia médica, debe recordarse:

- a) Que el error de diagnostico, por regla general no es tipificable, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

- b) Que queda fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando esta sea de naturaleza extraordinaria y excepcional.
- c) Que la determinación de la responsabilidad médica debe hacerse en contemplación de las circunstancias concretas del caso sometido a enjuiciamiento.
- d) Que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico y quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y omisión de los cuidados exigibles, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas y naturaleza de la lesión o enfermedad que olvidando la *lex artis* conduzca a resultados lesivos.

Nos parece interesante resaltar un Auto reciente de 23-10-2.019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, pues resalta que En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo no sólo que la conducta del médico se desenvuelva fuera de la denominada "*lex artis*", sino que exista una adecuada relación de causalidad entre ese proceder descuidado o acto inicial infractor del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido, lo que impone la traducción del peligro potencial entrevisto o debido prever, en una consecuencialidad real, debiendo hacer hincapié en la relevancia jurídico penal de la relación causal o acción típicamente antijurídica, no bastando la mera acción causal, sino que precisa, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa o, al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se orientará a impedir el resultado.

En cuanto a sentencias que hayan acogido la nueva forma de imprudencia menos grave, entre otras, podemos señalar las siguientes:

Sentencia de la Aud. Prov de Madrid, Sec. 30ª, S 10-7-2015, nº 387/2015, Rec. 1220/2014 que degrada la Imprudencia de grave a menos grave en el caso del fallecimiento de una niña de 4 años a la que se realizó una extirpación de un quiste en el codo izquierdo en el 2.008 en Fuenlabrada y se produjo la muerte por reacción complicatoria a la anestesia de la pequeña, dándose la circunstancia que falleció la Anestesta antes del Juicio, y finalmente se condenó a la enfermera por imprudencia grave con resultado de muerte en virtud de los Arts. 142.1 y 3 del .C.P. y la Sala rebajo a la Imprudencia menos grave a la pena de 8 meses de Multa, anulando también la Inhabilitación profesional impuesta a la enfermera, efectuando una evaluación más ducilificante del núcleo de la responsabilidad penal de la misma.

La 2ª sentencia (siguiendo un orden temporal), corresponde a la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 25 de octubre de 2.016. Recurso 818-2.016, ED 2016/249852. Lesiones del Art 152.2 por imprudencia menos grave.

En la misma se describe un caso de torsión testicular de un menor de 11 años que inicialmente fue atendido por un médico de urgencias en un Centro de Salud a las 8,49 horas, que se limitó a decirle a la madre del niño que pidiera hora con su pediatra para que lo viera ese día, sin advertir las graves consecuencias de su inactividad de inmediato y donde en los fundamentos de hechos se dice lo siguiente: ... *“tales síntomas eran compatibles con una torsión testicular, que exigía tratamiento quirúrgico urgente e inmediato, que obligaría a su extirpación, y remitir al menor para cirugía ... Cuando a las 20,24 h de la tarde (demasiada demora...) lo atendió el pediatra no quedó mas remedio que amputar el testículo”*.

Inicialmente el médico fue condenado por imprudencia profesional grave a penas de 1 año de prisión e inhabilitación profesional por tiempo de 1 año por el Juzgado de lo Penal. La Audiencia Provincial tras hacer una exegesis de los requisitos jurisprudenciales de la imprudencia decide degradar la gravedad de la misma para transformarla en menos grave, achacando al médico la responsabilidad en la no correcta detección del diagnóstico que fue finalmente determinado con mucha tardanza, pero ello obliga a moderar el alcance de la negligencia en un nivel de gravedad que se instala en menos grave por la vía del Art 152.2 del C.P. imponiendo pena de multa de 5 meses con cuota diaria de 15 euros, manteniendo los 7.043,80 Euros concedidos en régimen de responsabilidad civil.

Finalmente, la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de diciembre de 2.018 en un caso de mala praxis dental respecto de la colocación de implantes, extracción de piezas y prótesis al paciente por negligencia del profesional médico en la evaluación de los riesgos y el resultado francamente defectuoso ocasionado al paciente.

## LA CULPA DE CARÁCTER CIVIL

- **Su definición básica y los elementos concurrente**

Ya en el derecho romano, una de sus afirmaciones fundamentales viene representada por la necesidad de una pacífica convivencia, dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás. Este axioma que encuentra su reverso en la obligación de reparar por parte de quien causa el daño, ha pasado a lo largo de la historia a través de los diferentes ordenamientos jurídicos en las distintas sociedades y estados, que

se esfuerzan en regular los procesos indemnizatorios frente a los responsables de los daños causados para que reparen a aquellas personas que injustamente los han sufrido.

De la conjugación de estas afirmaciones, con carácter general se debe concluir que la responsabilidad en el orden civil del facultativo sería exigible en los casos de falta de diligencia por no respetar el deber de cuidado, expresado en sus correctos deberes profesionales conforme a lo que le es exigido como profesional de la medicina, y en el caso de que ello no ocurra, y acontezca un daño que no debe soportar el paciente, debe asumir las consecuencias de sus actos mediante la correspondiente reparación.

El médico debe responder de actuaciones incorrectas conforme a la *lex artis* porque se ha omitido la debida diligencia exigible al profesional mediante un comportamiento negligente que si bien no merece reproche penal por la devaluada intensidad de la infracción del deber de cuidado y/o la previsión del daño causado, es preciso reparar las consecuencias dañosas ocasionadas al paciente ya que el mismo no tiene porque soportarlas si el acto médico o atención sanitaria se hubiere desarrollado con normalidad, sin errores, ni omisiones exigibles al médico o a la empresa que da cobertura a la actuación profesional del médico, conforme luego veremos, y bajo los requisitos y condiciones que analizaremos posteriormente.

Desde esta perspectiva, podemos concluir fácilmente el carácter residual de la culpa civil que comprendería las actuaciones negligentes de los facultativos que no tuvieron entidad penal, y que excederían del margen de normalidad en el cumplimiento de la *lex artis* y de los protocolos médicos.

La culpa civil, de naturaleza contractual o extracontractual viene deslindada en el sentido en que la obligación del médico respecto del paciente no es inevitablemente la curación del mismo, a la que en todo momento debe tender su actuación profesional, sino en poner disposición del paciente su saber profesional y todos los medios a su alcance para prestar una asistencia sanitaria completa y de garantías, tratando a toda costa de evitar daños innecesarios que no tiene obligación de soportar para lo que empleará toda la diligencia debida y exigible al caso concreto con respeto de la *lex artis* aplicable a la actuación médica.

Cuando ello no sucede, y el paciente resulta dañado en su salud o integridad física por un resultado ajeno y extraño al que normalmente se produce en la práctica médica con la actividad profesional realizada, estaremos en presencia de un evento dañoso que pudo ser cometido por culpa civil del profesional por impericia, omisión o

error del facultativo que podrá dar lugar a una reclamación civil de indemnización de daños y perjuicios.

- **La culpa contractual y extracontractual, su normativa legal al hilo de su evolución jurisprudencial**

Antes de abordar las dos clases de culpa civil que se contemplan en el derecho español, es preciso distinguir entre las llamadas obligaciones de resultado, y aquellas obligaciones de mera actividad. Como regla general, la obligación de los médicos en la atención sanitaria es una obligación de medios, de desplegar una actividad con tendencia curativa, que se instaura en una relación de civil de arrendamiento de servicios, pero en determinadas ocasiones la actividad del médico puede venir configurada como una obligación de resultado a través de un compromiso con el paciente de generarle a éste un concreto rendimiento, como sucede (si bien con matices) en la medicina satisfactiva y reparadora y en determinadas intervenciones quirúrgicas. En estos casos, la obligación del médico se incardina en un contrato de obra.

La distinción entre la culpa contractual y la extracontractual lo define muy bien la Sentencia I de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1.997 cuando establece que La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo.

Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de

obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de 29 julio 1994 que dice: una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico.

Precisamente esta sentencia se ocupa de distinguir y definir los dos tipos de culpa civil, tanto la contractual como la extra- contractual, al margen de referirse al dato de que de la causación por delito también nace responsabilidad civil como hemos visto en el capítulo anterior. Así, de modo sintético, expresa la sentencia mencionada:

Una vez más llega a esta Sala el tema de la responsabilidad médica, que tanta trascendencia tiene en la sociedad, tanta doctrina ha producido y a tanta jurisprudencia ha dado lugar. Dicha responsabilidad no es sino expresión de la más amplia de la responsabilidad profesional y tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas. Puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el art. 1101 CC EDL 1889/1 (para que surja la responsabilidad contractual es preciso que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, dice literalmente la S 11 octubre 1991, que reitera la de 5 julio 1994); o extracontractual cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, cuya responsabilidad extracontractual u obligación derivada de acto ilícito (principio alterum non laedere) se contempla como principio en el art. 1902 CC EDL 1889/1 y se desarrolla en la jurisprudencia; o, por último, responsabilidad civil derivada de delito cuando se ha atentado a la convivencia mínima en la sociedad, se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil deriva de éste, como prevén el art. 1092 CC EDL 1889/1 y los arts. 116 y ss. CP EDL 1973/1704 (SS 17 diciembre 1985 y 2 julio 1990 EDJ 1990/7053).

No son opuestos entre si los conceptos de esta triple responsabilidad, sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas. Lo que conviene destacar es la cuestión de la prueba de la culpa: la

responsabilidad por delito o falta deberá probarse plenamente en proceso penal y de ella deriva la responsabilidad civil; la responsabilidad contractual por incumplimiento, probado éste, presume la culpa, sufriendo el incumplidor la carga de probar que ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, como se desprende del art. 1183 EDL 1889/1 y se expresa en las SS 20 septiembre 1989 y 30 noviembre 1994 EDJ 1994/9378; en la responsabilidad extracontractual se presume la culpa, invirtiéndose la carga de la prueba, desde la S 10 julio 1943 y se aproxima a la objetivación cada vez más, desde 1981.

Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción de la responsabilidad derivada de delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la Jurisprudencia: entre otras muchas, SS 8 mayo 1991, 20 febrero 1992 EDJ 1992/1577, 13 octubre 1992 EDJ 1992/9915, 2 febrero 1993; 7 julio 1993 EDJ 1993/6777, 15 noviembre 1993, 12 julio 1994 EDJ 1994/11719, 24 septiembre 1994 EDJ 1994/8031, 16 febrero 1995 EDJ 1995/474, 23 septiembre 1996 EDJ 1996/6799, 15 octubre 1996 EDJ 1996/6731.

Como vemos, la sentencia se ocupa de modo sintético de expresar que en la contractual si hay incumplimiento en el contrato se presume la culpa por ese incumplimiento, y en la extracontractual causado el daño, el que lo ha causado, tiene que justificar que no ha sido por su culpa, es trasladable a la responsabilidad sanitaria, si bien con matices.

La expresión legal de la culpa contractual viene regulada en nuestro derecho en el Artículo 1101 del código civil que dispone lo siguiente:

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. La culpa extracontractual se encuentra contenida en los Arts 1902 a 1910 del código civil, y el precepto matriz está consagrado en el propio Art 1.902 cuando expresa: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

De inmediato pues, se resalta en la regulación legal, que exista contrato o no exista contrato, siempre que se cause un daño a otra persona, es preciso indemnizar y re-

parar los perjuicios causados a la víctima, y y ello es evidentemente aplicable a la responsabilidad sanitaria derivada de la atención médica. De manera, que si en el contrato se le exigen al médico una determinada actuación para la búsqueda de un resultado libremente acordado por las partes, que es lo que busca el paciente, y por consiguiente, si el resultado no se produce a satisfacción del paciente, habrá que analizar por que causas ello no ha ocurrido, teniendo en cuenta que en la culpa extracontractual, lo que la ley protege es el derecho del paciente que recibe una atención sanitaria a que la actuación médica se desenvuelva en los cauces profesionales exigidos, y el derecho del paciente , de no ser dañado de modo innecesario, y en consecuencia, sanciona con indemnización en el caso de que por la conducta del médico se ocasione un mal lesivo al paciente.

La teoría de la unidad de la culpa civil en ambas modalidades se han mantenido a lo largo del siglo XXI y es muy frecuente que por parte de los Letrados se formulen las demandas bajo la cobertura de ambas modalidades culposas, y los tribunales examinan la concurrencia o no de las distintas conceptualizaciones culposas en el supuesto a enjuiciar.

En cuanto a los Elementos de la Culpa, sea del tipo que fuere, podemos destacar los siguientes:

- 1) La necesidad por parte del profesional sanitario de realizar una acción o una omisión que le era exigible conforme a la *lex artis* procedente en cada caso. En este sentido es importante resaltar que la acción u omisión tiene un contenido francamente amplio y puede corresponder a todas las esferas de la atención sanitaria al paciente, incluidas aquellas acciones, y especialmente omisiones, que a título preventivo eran necesarias realizar y no se hicieron conforme a lo indicado según el estado del paciente. Obviamente en el diagnóstico, en el apartado del tratamiento y del seguimiento del paciente una dispensada la atención inicial. Se incluyen también las acciones y omisión en los campos de las pruebas diagnósticas y en las intervenciones quirúrgicas y procesos post-operatorios.
- 2) La producción de un resultado lesivo al paciente que aparezca objetivado y distinto al resultado normalmente exigido, y que naturalmente debería ocasionarse como consecuencia de la actividad médica. Sería el resultado dañoso ajeno al acto médico que el paciente no debe soportar por ser extraño a la atención sanitaria, si la misma se hubiere realizado con corrección.

- 3) La infracción de la *lex artis ad hoc* que le era exigible al médico, y como consecuencia de la falta de diligencia, del descuido, dejadez, negligencia o impericia requeridas, determina una vulneración en los criterios de la actuación profesional desecandendo el resultado dañoso al paciente.
- 4) La existencia de una relación de causalidad que atribuya directamente el resultado dañino para el paciente a la negligente conducta del médico, de modo que el resultado se haya producido como consecuencia de la actuación u omisión del facultativo, y no se haya causado por otros factores ajenos a la conducta del médico, como la predisposición del paciente, la desobediencia del mismo a lo ordenado por el médico, y cualquier tipo de accidente o hecho extraño que interfiera en el proceso causal, de tal manera que el resultado, por el acontecer diferente a la actuación médica, se haya producido extramuros de la atención sanitaria y al margen del comportamiento del médico.

- **La teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito civil en las reclamaciones de origen sanitario.**

La teoría de la pérdida de oportunidad parte de una creación jurisprudencial en torno a los supuestos de responsabilidad sanitaria de error en el diagnóstico, falta de información al paciente en el marco del consentimiento informado, los retrasos en las intervenciones quirúrgicas o en la administración del tratamiento correcto y las malformaciones fetales no informadas a tiempo a los progenitores.

Aunque en la Jurisprudencia ya había atisbos que enfocaban la indemnización a la *“pérdida de oportunidad del paciente”* como en la STS de 9-6-97 en relación con un paciente que fallece por cuadro séptico, y la STS de 22-5-98, curiosamente también fallecido el enfermo por cuadro séptico a raíz de un empaste molar, apuntando las resoluciones en ambos casos, a juicio de posibilidades no realizadas al paciente, pensamos que es sin embargo, a raíz de la STS de 10 de Octubre de 1.998, Sala 1ª. Ponente Antonio Guillén Ballesteros, cuando en verdad comienza el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de esta Teoría.

Esta sentencia se refiere a un paciente trabajador de una empresa, al que una máquina de termosellado de helados le amputa la mano. La Enfermera de la empresa realiza las primeras asistencias, cortando la hemorragia, al tiempo que daba instrucciones para que el miembro amputado se introdujera en una caja con hielo natural, lo que se realizó, pero un compañero de trabajo, de buena fe, cambió la caja por

otra de corcho blanco utilizada para las tartas heladas y colocó hielo seco o sintético, operación que se realizó fuera del botiquín y no presenciada por la Enfermera, pero luego se entregó la caja a la Enfermera, quien advertida del cambio, no formuló reparo y sin abrir la caja, acompañando al lesionado al Centro Sanitario entregó la mano amputada para su reimplante, que no fue posible ya que llegó en avanzado estado de congelación sin reunir condiciones adecuadas para el reimplante, que finalmente no pudo hacerse. El Tribunal Supremo condena a la Enfermera que inicialmente había sido absuelta por la Audiencia de Barcelona a pagar al trabajador lesionado en 1.500.000 pesetas.

A esta sentencia que sirvió de avandilla, le han seguido otras muchas resoluciones en el ámbito sanitario, siendo destacables también las de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20-febrero-2.005 y la de 17 de abril del 2.007. La primera relativa a un caso de sufrimiento fetal agudo de un recién nacido, y la segunda en el caso de una omisión de intervención quirúrgica que era clínicamente procedente y que determinó el fallecimiento del paciente.

# **AUTOPSIA MÉDICO LEGAL TRAS DENUNCIA POR MALA PRAXIS MÉDICA**

**Félix Sánchez Ugena**

*Jefe de Patología Forense.  
Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Badajoz*

La relación entre la muerte de una persona y una mala praxis médica es algo complejo y delicado. Para el médico porque probablemente la muerte de un paciente por una praxis no adecuada es lo peor que le puede ocurrir en su vida profesional. Para la familia del paciente fallecido porque es un hecho injustificable.

Por mucho que queramos ignorarlo, la muerte por mala praxis es algo que pasa en la práctica médica. Es algo que ocurre en cualquier parte del mundo y de la que ni siquiera sabemos la cifra real de casos.

Se estima que las muertes debidas a errores médicos suponen un número superior al de los accidentes de tráfico y otras causas frecuentes de mortalidad y similar al de los que se producen a consecuencia de los cánceres más frecuentes<sup>1</sup>. En España, eso supondría alrededor de 8.000 casos al año<sup>2</sup>.

La utilidad de la autopsia en caso de muerte relacionada con la praxis médica es indudable<sup>3</sup>. Existe un consenso generalizado de que la autopsia es el mejor procedimiento para la evaluación de los diagnósticos clínicos, que es útil para la identificación y prevención de errores médicos y que permite la elaboración de protocolos de actuación clínica, como, por ejemplo, los protocolos de monitorización en anestesia. Además, siguiendo al Dr. Palomo Rando<sup>2</sup>, la autopsia permite asegurar lo que ocurrió y lo que no ocurrió, protege al médico que actuó correctamente descartando sospechas infundadas y favorece al denunciante cuando tiene razón.

Ante una actuación médica cuestionada en la que se ha producido la muerte de un paciente, en ocasiones se interpone denuncia en el Juzgado de Guardia. El Juez, asesorado por el Médico Forense, tiene que resolver en el sentido de si procede la práctica de la autopsia o por el contrario estima que no es necesario, considerando que existen elementos de juicio y documentación médica suficientes como para hacer una valoración pericial. En cualquier caso, es necesario un informe forense al respecto, informe que de forma oficial se realiza en los Institutos de Medicina Legal, sin perjuicio de que las partes, en su momento, aporten informes periciales privados.

La justificación legal en nuestro país para la práctica de la autopsia en estos casos, la encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al poder ser considerada como una posible muerte sospechosa de criminalidad<sup>4</sup>. También la normativa Comunitaria se expresa en este sentido. La recomendación Nº 99 del Consejo de Ministros de la Unión Europea para la armonización metodológica de las autopsias médico legales, incluye la práctica de la autopsia en caso de muerte y sospecha de mala praxis médica<sup>5</sup>.

También puede ocurrir que, ante una muerte carente de certificado médico de defunción, al practicarse la autopsia forense se aprecie una mala praxis, actuándose en este caso de oficio, si procede.

En cualquier caso, tras practicar la autopsia en una supuesta mala praxis, la interpretación de los hallazgos necrópsicos puede tener una desigual dificultad:

1. Los hallazgos pueden ser muy evidentes, como, por ejemplo, en las muertes súbitas por infarto de miocardio, tromboembolismo pulmonar o rotura de un aneurisma aórtico.
2. En ocasiones se plantean múltiples dificultades como, por ejemplo:
  - Casos relacionados con técnicas quirúrgicas o procedimiento diagnósticos invasivos, ya sea con anestesia general o local.
  - Muertes relacionadas con especialidades y subespecialidades médicas muy específicas.
  - Cambios postquirúrgicos en las muertes post operatorias tardías.
  - Ausencia de hallazgos significativos como en las muertes relacionadas con la anestesia, muerte fetal intraparto, síndrome de muerte súbita en la infancia...

Por ello, las autopsias en casos de una posible mala praxis, pueden llegar a ser las más complejas y difíciles de interpretar por los patólogos.

Este tipo de autopsia tendría que ser siempre realizada por dos patólogos forenses, independientes del centro médico donde se produjo la posible mala praxis. En España, esta cuestión está solventada por los Médicos Forenses, médicos dependientes del Ministerio de Justicia o de las Consejerías de Justicia en las Comunidades Autónomas con transferencias en esta materia.

Antes de acometer la autopsia propiamente dicha, se debe disponer de toda la documentación clínica al respecto, incluidas las pruebas complementarias y los estudios de laboratorio que se hayan efectuado. En ocasiones, también es de interés conocer la denuncia interpuesta, lo que nos puede orientar hacia lo que tenemos que buscar o por lo contrario excluir. En determinados casos y en el supuesto de que no se haya practicado con anterioridad, puede ser de una gran ayuda estudios de imagen antes de proceder a la abertura del cadáver, especialmente TAC.

De forma genérica, la autopsia forense consta de tres fases bien definidas; examen externo del cadáver, examen interno y selección y recogida de muestras para estudios de laboratorio forense.

En el examen externo se procederá a la recogida de datos comunes a cualquier autopsia forense. Ello incluye verificar la identidad, edad, sexo, talla, peso, vestidos, objetos personales, fenómenos cadavéricos y putrefactivos, lesiones si existiesen y cualquier otro dato de interés.

Los signos de actuación médica y los fenómenos iatrogénicos tienen especial relevancia. Incisiones quirúrgicas, punciones, vías, apósitos, drenajes, suturas, cánulas, dispositivos de intubación orofaríngeas o endotraqueales, etc., etc. Por ello es importante que el centro médico no retire ningún dispositivo de los cadáveres que van a ser objeto de autopsia forense.

La abertura del cadáver no suele diferir de la técnica habitual, siendo recomendable la de Virchow para la incisión primaria y la evisceración en masa según la técnica de Letulle. Ni que decir tiene que la autopsia, como en toda autopsia forense, tiene que ser completa, sistemática y ordenada. En caso de que se trate de una muerte relacionada con una intervención quirúrgica reciente, es conveniente seguir la ruta operatoria por planos, a la inversa de como lo ha ido haciendo el cirujano. Es importante respetar las incisiones, cicatrices y cualquier signo de intervención médica previa.

En ocasiones, como por ejemplo en caso de sospecha de embolia gaseosa o neumotórax y en las muertes obstétricas, se deben utilizar las técnicas de autopsias específicas para ello.

Siempre hay que examinar todos los órganos, incluso los que no son habitualmente estudiados en las autopsias forenses, independientemente de cual sea la causa de la muerte. Especialmente se estudiará el corazón, ya que este suele ser el órgano diana. Muchas muertes, ya sea por hipoxia o por otras causas, dejan lesiones en él<sup>3</sup>.

Los dispositivos implantados, marcapasos, desfibriladores automáticos, bombas de perfusión, válvulas cardíacas, etc., deben ser retirados cuidadosamente y remitidos a un centro adecuado para comprobar su correcto funcionamiento y descartar que pueda haber habido un fallo del dispositivo.

Es fundamental fotografiar todos los hallazgos, tanto los positivos como los negativos. Esto nos permitirá documentar gráficamente nuestro informe y posibilitar una nueva pericia a la vista de ellos, en caso de discrepancias.

La autopsia deberá ser siempre complementada con una adecuada toma de muestras. Se recogerán fluidos (sangre, humor vítreo, orina, líquido cefalorraquídeo y bilis). Según el caso, será necesaria la obtención de muestras para cultivos y para determinaciones bioquímicas. A este respecto, dado que son muestras que muy frecuentemente pueden estar alteradas por los fenómenos autolíticos y putrefactivos, se debe indagar en el centro sanitario en el que se produjo la muerte, si disponen de sangre o de cualquier otra muestra biológica del fallecido. En caso de que así sea, mediante requerimiento judicial, las muestras serán enviadas al Instituto de Medicina Legal para proceder a su estudio, junto con las recogidas en la autopsia.

Una vez obtenidas las muestras, siguiendo las recomendaciones establecidas en nuestro país<sup>6</sup> y la adecuada cadena de custodia, deben ser remitidas con toda la documentación posible al laboratorio para su estudio, siendo de referencia el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Se solicitará siempre estudio histopatológico de las vísceras y análisis quimicotóxico de los fluidos. En ocasiones, como hemos indicado, son necesarios estudios microbiológicos y/o bioquímicos.

Terminada la autopsia, realizados los estudios de laboratorio y estudiada detalladamente la historia clínica, tendremos que establecer el origen y la causa de la muerte. A este respecto se han propuesto cinco posibilidades<sup>7</sup>.

1. La muerte se debe exclusivamente a la patología del paciente, sin relación alguna con la actuación médica.
2. La muerte se debe a una enfermedad potenciada por la actuación terapéutica. La intervención médica se consideraría un factor concausal, pero la causa fundamental seguiría siendo la enfermedad o la patología de base.
3. La muerte ocurre en el transcurso de una intervención terapéutica de riesgo con complicaciones conocidas. Nos encontraríamos ante una muerte de carácter indeterminado, en la que participan por igual el procedimiento terapéutico y la patología que se trata resolver.
4. La actuación médica tiene un peso importante en el fallecimiento, pero no exclusivo. En este caso se deberíamos hablar de complicaciones de la terapéutica.
5. La muerte se debe única y exclusivamente a la intervención médica.

El objetivo de la investigación médico legal de la muerte no es otro que el de informar al Juez sobre las causas, mecanismos y circunstancias de la misma. Una vez que

este reciba el informe forense debe dictar una resolución, en la que tiene cabida la práctica de nuevas diligencias, como la declaración de investigados y de testigos, ampliación de los informes forenses, admisión de informes periciales privados e incluso la práctica de una nueva autopsia, si procediese.

El informe de autopsia en caso de mala praxis debe incluir en las consideraciones médico forenses una serie de aspectos que se contemplan en los protocolos existentes al respecto. Son de referencia los elaborados por la Academia Internacional de Medicina Legal (IALM-International Academy of legal Medicine) que publicó un Protocolo al respecto. Esto incluiría<sup>8</sup>:

- Valoración de la supuesta mala praxia, consistente en el estudio de la praxis médica realizada y su relación con la praxis médica habitual o *lex artis ad hoc*.
- Valoración de la relación de causalidad entre la asistencia prestada y la muerte del paciente.
- Conclusiones médico forenses.

En cualquier caso, establecer finalmente el tipo de muerte desde el punto de vista jurídico, es decir, determinar si se trata de una muerte natural o una muerte violenta, es algo complejo y comprometido, pudiéndose dar las siguientes circunstancias:

- A. La causa fundamental de la muerte se debe exclusivamente a la enfermedad o lesión que motivó la actuación médica. En el primer caso nos encontraríamos ante una muerte de carácter natural y en el segundo de una muerte violenta.
- B. La causa fundamental de la muerte se debe exclusiva o principalmente a la actuación médica. Estaríamos ante un caso de muerte sin clasificar o por complicaciones de la terapéutica.
- C. No se llega a conocer razonablemente el origen y/o la causa de la muerte. Este caso hablaríamos de una muerte de etiología indeterminada.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. Madea B. Handbook of forensics medicine. Wiley-Blackwell (2014).
2. Palomo JL. Autopsia médico-legal en casos de supuesta mala praxis médica. Cuad. Med. Forense. 21(3-4):175-184 (2015).
3. Aso J. Líneas guía en autopsias por sospecha de mala praxis asistencial. Cuad. Med. Forense. 17(4):161-174 (2011).
4. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 342. Editorial Tecnos (2019).
5. Recommendation no. R (99) 3 of the Committe of Ministers to member states on the harmonization of medico-legal autopsy rules. Forensic. Sci. Int.111 (1-3):5-58 (2000).
6. Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (2010).
7. Caplan MJ. A Medical Examiner-s Experience with the Evaluation of Death Associated wit Complications of Diagnostic and Therapeutic Procedures. AAFS (1999).
8. Hernández A. Curso de formación continuada para Médicos Forenses: La prueba pericial médica y su trascendencia en la mala praxis facultativa (2017).

# **EL BAREMO DE DAÑO SANITARIO**

**Héctor Antonio Galache Andújar**

*Abogado. Colegiado 2475 ICATOLEDO*

*Asesoría Jurídica icomBA*

Badajoz, 16/01/2019 (\*)

\* N.del A.: La ponencia a la que dio soporte este texto fue pronunciada el 16/01/2019. Desde entonces, ha habido dos convocatorias a elecciones generales, un gobierno en funciones y la práctica paralización de la actividad legislativa. En el XXVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, celebrado en Octubre de 2019, Ángel Luis Guirao, subdirector general de Recursos Humanos, Alta Inspección y Cohesión del SNS del Ministerio de Sanidad, anunció en referencia al Baremo de Derecho Sanitario que *“la tramitación del proyecto de ley requiere la formación de un Gobierno estable”*, condición *sine qua non* para ponerlo en marcha. *“En el momento en que la situación de estabilidad política lo permita se iniciará la tramitación de la ley”*.

## INTRODUCCIÓN. EL BAREMO DE DAÑO SANITARIO. LA LARGA SOMBRA DEL GRAN AUSENTE

Pese a su inexistencia, la necesidad (o no) de un sistema que sistematice, valore y cuantifique las consecuencias dañosas que específicamente puedan producirse en el ejercicio de la actividad clínico asistencial se ha convertido en un protagonista recurrente en las tribunas y foros centrados en el Derecho Sanitario prácticamente desde los primeros años de este siglo. La profesión médica viene reclamando o exigiendo largamente la publicación de dicho texto y a lo largo del tiempo se han sucedido comisiones, grupos de trabajo y proyectos de codificación, alguno de ellos ya preparado para comenzar su andadura legislativa y que sin embargo hoy yace olvidado en algún cajón. Hemos tenido promesas incumplidas, anuncios, vaticinios, y auténticos ríos de tinta recogiendo sesudas opiniones a favor de la regulación, sin que hayan faltado también varias en contra.

Podríamos pensar en que la ausencia obedece a una falta de entendimiento o voluntad política. Sin embargo, repasando los Boletines Oficiales de las Cortes Generales y el Diario de Sesiones de las dos cámaras legislativas no encontramos con todo lo contrario. **Existe la idea, pacíficamente aceptada, de que el Baremo de Daño Sanitario es algo útil e incluso así se lo han venido reclamando recíprocamente los gobiernos de turno.** Sin embargo, a pesar de este consenso, lo cierto es que el baremo no está, pero siempre se le espera y el exasperante ejercicio de penelopismo

que está caracterizando su elaboración convierte en una arriesgada aventura pronosticar el momento en que el texto se convertirá en una norma positiva.

## ANTECEDENTES, OTRAS REFERENCIAS Y TRABAJOS PREVIOS

Tradicionalmente, se suele citar como primer ejemplo de un baremo o sistema para la determinación de las consecuencias indeseadas derivadas de la actividad médica al **Código de Hammurabi**, uno de los conjuntos legales más antiguos que se conocen, estando su antigüedad situada en torno al año 1760 AC. Esta colección es recordada por la **Ley del Talión**, denominación tradicional de un principio jurídico en el que la norma impone un castigo identificado con el crimen cometido, el conocido *ojo por ojo* que menciona el Antiguo Testamento. No obstante, sería un ejercicio excesivamente simplista reducir el **Código de Hammurabi** a esos postulados de justicia retributiva; estamos hablando de un texto que en sus 282 normas cobija un primer precedente de la Presunción de Inocencia; que distingue la intencionalidad de la accidentalidad en la comisión de los ilícitos; habla del salario mínimo y las vacaciones del obrero, establece precios y salarios etc. Con respecto al ejercicio de la actividad curativa, el castigo estará modulado según la condición del paciente dañado (hombres libres, subalternos, o esclavos:

*“198. Si hizo daño el ojo de un plebeyo o siervo o si fracturó algún hueso de un plebeyo, entonces deberá pagar una mina de plata; 199. Si dañó el ojo del esclavo de un señor, o si fracturó el hueso del esclavo de un señor, deberá pagar la mitad del valor del esclavo; 200. Si un señor desprende de un golpe un diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá de un golpe uno de sus dientes; 210. Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia a un señor con una lanceta de bronce y ha causado: la muerte del señor o la destrucción del ojo, se le amputará la mano”.*

Saltando miles de años y kilómetros en el tiempo y el espacio, en nuestro Ordenamiento Jurídico tenemos varios ejemplos de baremos: **Baremo Seguro Obligatorio de Viajeros** (SOVI): Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros; Baremo para la valoración del grado de discapacidad, Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad; **Baremo para la valoración grado de dependencia** Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la

Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Pero son duda, el que más nos puede interesar es **la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, es el que se conoce como Baremo de Tráfico** ya que enlaza directamente con la temática que hoy nos ocupa).

Como penúltimo intento de creación de un sistema para la valoración del daño derivado de la actividad sanitaria, por parte del entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se formó un grupo de trabajo, con la participación de casi todos los agentes (diversas asociaciones de pacientes denunciaron la preterición de este colectivo en los trabajos), desde Consejos Generales de Colegios profesionales sanitarios, Sociedades Científicas, que manejó múltiples informes y recabó la opinión de las especialidades médicas con mayor número de conflictos. Finalmente, se concluyó un documento en verano de 2015, que finalmente no llegó a recalar en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre sobre *“Reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”*. Dicha ley, en su Disposición Adicional se limitó a anunciar que *“El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”*, sin que cuatro años después, la anunciada regulación se haya producido.

Este grupo de trabajo, sentó las bases y objetivos las que habría de asentarse el futuro baremo para la valoración de ese específico daño:

- 1) Fomento de los sistemas de resolución extrajudicial de los conflictos, se llegó a proponer que fuese siempre preceptiva esta vía antes de acudir a la jurisdicción.
- 2) Redefinición del concepto de daño moral (ahora llamado daño extrapatrimonial), el cual no parecía susceptible de acomodarse a efectos indemnizatorios a la utilización de un baremo, quedando su fijación a prudente criterio del juzgador o como un porcentaje añadido a la indemnización otorgada por daño corporal.
- 3) Establecimiento de los supuestos en los que se podría incurrir en responsabilidad penal, civil y demás que procedan por parte de los peritos, así como la fijación de los estándares de cualificación y de experiencia en la materia.

- 4) Carácter vinculante del baremo tanto en la vía judicial como extrajudicial y en todos los ámbitos asistenciales.
- 5) Determinación de lesiones y secuelas inherentes al ejercicio de la actividad sanitaria no definidas en el Baremo de Tráfico.

Posteriormente, la entonces ministra de Sanidad, María Luisa Carcedo, volvió a designar un nuevo grupo de 19 expertos para la elaboración del baremo. Participaron tres grupos de trabajo, uno de carácter jurídico, otro pericial y un tercero actuarial asegurador. No tenemos novedades desde el pasado 19 de marzo de 2018, cuando en el Comité de Expertos en Baremación por Daños Sanitarios se entregó un borrador de *“Anteproyecto de Ley Reguladora del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas con ocasión de la Actividad Sanitaria”*, compuesto de 9 artículos, así como dos Disposiciones adicionales y una Transitoria única cuya redacción no ha trascendido públicamente.

### ¿ES NECESARIO UN BAREMO ESPECÍFICO PARA EL DAÑO PRODUCIDO EN LA ACTIVIDAD SANITARIA?

Con las limitaciones que luego se expondrán, una norma como la que mencionamos, de aplicación vinculante para los órganos jurisdiccionales aportaría indudables ventajas en un sector de la actividad que está experimentando un notable crecimiento, tanto en el nivel de litigiosidad como en las magnitudes indemnizatorias.

Actualmente, se suele aplicar en los procedimientos que versan sobre responsabilidad sanitaria y muy especialmente en los órdenes jurisdiccionales penal y civil, el baremo de tráfico, si bien con carácter orientativo, lo que a entender del que suscribe no es una solución satisfactoria:

- 1) En primer lugar, **existe un específico compromiso asumido por el legislador de publicar un baremo para el daño sanitario, en sintonía con lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Portugal**. Es más, algunos expertos van más allá y abogan por una legislación específica para la responsabilidad sanitaria, tal como ocurre en Italia (decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, conocido como *“decreto Balduzzi”*) o Francia.
- 2) También ha de tenerse en consideración la **distinta causalidad y origen** que tiene el daño surgido en un hecho de la circulación que el proveniente de la actividad asistencial; en tráfico las consecuencias dañosas provienen del siniestro, que es un evento de **surgimiento abrupto e inesperado**, mientras que

en la praxis sanitaria, los daños partirán de una circunstancia larvada, como es la enfermedad común o profesional que origina la demanda de asistencia. Se trata de dar una respuesta diferente a lo que ontológicamente es diferente.

- 3) El baremo de tráfico **está indisolublemente ligado al Seguro obligatorio de circulación de vehículos a motor**. Y salvo lo que dispone el art. 46 la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias para la actividad privada, para el ejercicio de la medicina no es necesario el aseguramiento.
- 4) Existirían lesiones, secuelas dañosas y circunstancias dañosas exclusivas que por su propia naturaleza **sólo pueden producirse en el entorno sanitario**.
- 5) El baremo de tráfico no contempla el estado patológico previo del paciente, que suele acudir al servicio sanitario con un menoscabo en su salud que normalmente no ha causado el profesional asistente.

La publicación de un baremo específico, aplicable para todos los ámbitos asistenciales y en la totalidad de las jurisdicciones, fundamentado en criterios técnicos y jurídicos, traería los siguientes beneficios:

- a) **Facilitar la labor de los diferentes profesionales** implicados en el ámbito de la determinación y cuantificación de la responsabilidad profesional (jueces, fiscales, abogados, forenses, peritos, inspectores etc), aportando reglas de referencia claras y precisas para la tasación del daño.
- b) **Incremento de la seguridad jurídica**, al uniformarse las indemnizaciones ante hechos similares, acabándose con la dispersión indemnizatoria existente a nivel territorial y de competencia jurisdiccional, dotán
- c) Fomentaría la aplicación de **mecanismos extrajudiciales** de resolución de conflictos (transacción, mediación, arbitraje y conciliación), produciéndose un incremento de la justicia restaurativa y aminorándose un hecho que no deja de ser traumático tanto para profesionales como víctimas, como es la pena de banquillo.
- d) Descenso de la medicina defensiva, con los costes que esta práctica implica.
- e) Permitirá prever los costes de aseguramiento y las cuantías de las indemnizaciones a las entidades aseguradoras.

Este es un dato que no es baladí en el momento actual. Desde 2016, coincidiendo con la entrada en vigor del baremo de tráfico contenido en la Ley 35/2015, se ha producido un incremento de las indemnizaciones en caso de muerte y grandes le-

sionados, lo que ha provocado, junto con el aumento del número de reclamaciones y de los costes procesales, que grupos aseguradores tradicionalmente ligados a la responsabilidad sanitaria (Zurich, Mapfre, AIG) se hayan retirado de este sector. Los diferentes ejecutivos autonómicos están encontrando **serias dificultades para asegurar la responsabilidad civil**, tanto de la propia patrimonial de la Administración como la de los profesionales que prestan servicios para las mismas. Extremadura, Murcia y Andalucía vieron como sus concursos quedaban desiertos. Otros servicios de Salud, como Valencia o Canarias, han optado por afrontar con sus propios recursos la responsabilidad patrimonial de sus servicios de salud. Y no es extraño que alguna de las nuevas pólizas contratadas establezcan franquicias o tramos exentos en los cuales es el propio sistema sanitario el que asume ese trecho indemnizatorio.

Vaya por delante, que España era uno de los países en el cual las indemnizaciones eran más bajas, hasta un 75% menos que las otorgadas en Europa, situándonos en el nivel de Rumanía. Y que no existe cantidad económica, por muy elevada que sea la misma, suficiente para compensar la pérdida de un ser querido o las terribles consecuencias de las graves lesiones neurológicas. Pero lo cierto es que la elevación de los montantes indemnizatorios, la frecuencia con la cual se imponen los intereses punitivos del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro (a partir del segundo año en porcentaje no inferior al 20%), ha convertido el aseguramiento de la responsabilidad profesional en una modalidad poco atractiva.

La web *“Lex Sanitaria”* publicó en el año 2018 una lista con las diez reclamaciones interpuestas en materia de responsabilidad médica más cuantiosas, de las que vamos a recoger las cinco más abultadas, señalando que las otras cinco no extractadas se refieren a Pediatría, Oftalmología, Cardiología, Urgencias y Radiología.

**1.- Ginecología: 3,3 millones de euros.** Grave hipoxia durante el parto que causó daños irreparables en el cerebro del recién nacido. La causa del sufrimiento fetal fue el retraso de al menos seis horas en la aplicación de una cesárea de urgencia. **2.- Traumatología: 2,8 millones de euros.** Paciente intervenida en la columna vertebral por artrodesis. Tras la operación la zona intervenida se infecta. La paciente termina con graves secuelas neurológicas. **3.- Urgencias: 2,5 millones de euros.** Error diagnóstico de TCE. Un paciente acude a Urgencias tras sufrir un aparatoso golpe durante un partido de fútbol. Tras la exploración que se le realizó y descartarse una fractura se le dio de alta. Durante la noche el paciente presentó síndrome confusional debido a un hematoma subdural que le provoca graves secuelas neurológicas. **4.- Odontología: 2,2 millones de euros.** Pérdida de la mandíbula como consecuencia de la co-

locación de implantes dentales. El paciente sufrió una osteonecrosis mandibular que fue imposible remitir a pesar de las diferentes intervenciones que se realizaron. **5.- Medicina de Familia:** 2 millones de euros. Error diagnóstico de un ictus. Un paciente acudió a la consulta de su médico de cabecera con síntomas de vértigo. Descartada sin prueba alguna clínica neurológica no deriva al paciente a Urgencias. Al poco de salir de la consulta el paciente sufre un accidente por el que se le traslada al hospital, donde es diagnosticado de un ictus por el que sufre graves daños neurológicos.

Queremos concluir este apartado con una reflexión sobre las consecuencias que puede tener sobre el profesional esta falta de seguro:

- a) En materia penal, la responsabilidad civil de los servicios de salud es **subsidiaria** con respecto de la correspondiente al profesional sanitario causante del daño, que es responsable **directo** (art. 121 Código Penal)
- b) El art. 36.3 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público establece que *“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”*. Esto significaría que la Administración, **no sólo puede sino que debe proceder contra el profesional causante del daño cuando concurren dichas circunstancias**, abriéndose la puerta a que se exijan a los médicos condenados por imprudencia grave las indemnizaciones fijadas en sentencia firme.

## LIMITACIONES Y DESVENTAJAS DEL BAREMO

Aunque sea mayoritaria la corriente que aboga por la promulgación de un sistema específico para la valoración del daño sanitario, también existen voces y corrientes que son más escépticas cuando no contrarias a esta idea y que precisamente, definen como inconvenientes alguna de las ideas que hemos venido señalando como ventajas.

Las primeras contestaciones vinieron de la mano de las víctimas de errores médicos, que denunciaban que habían sido excluidas en los trabajos preparatorios del texto y que tras el baremo se escondía el interés de las compañías de seguros por reducir las indemnizaciones con respecto de las establecidas para los hechos de la circulación, lo que suponía una inaceptable discriminación.

También existe el riesgo de que una cuantificación apriorística del daño pueda ocasionar una indeseada tendencia: objetivizar la responsabilidad sanitaria, acrecentándose la responsabilidad del profesional y elevándose el número de reclamaciones.

Por otra parte, el carácter vinculante del baremo supondría un encorsetamiento del arbitrio judicial, eliminándose la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan dar la respuesta considerada como más adecuada para los hechos justiciables.

También se alega que la falta de contemplación del daño moral propiamente individualizado puede convertir al baremo en una herramienta poco útil. Algunas estadísticas establecen que un alto porcentaje de las reclamaciones en materia sanitaria (hasta un 50%) se basan en vicios y defectos del consentimiento informado o en el llamado Principio de Pérdida de Oportunidad Terapéutica, pleitos en los cuales la estimación del reclamante lleva aparejada una indemnización por daños morales.

Y para concluir, están las posturas que hablan de la falta de necesidad y redundancia de otro sistema de valoración del daño. Lo cierto es que el baremo para accidentes de circulación se fundamenta sobre el principio de plena satisfacción indemnizatoria para la víctima y los perjudicados, aspirando a la reparación total de todos los daños y perjuicios que se hayan causado como consecuencia de la responsabilidad en la atención sanitaria, tanto al paciente como a sus allegados, contemplándose el daño moral como concepto indemnizatorio independiente, el lucro cesante, gastos y daños futuros etc. Incluso el estado previo de la víctima puede tener cabida a través de la fórmula que contempla el art. 100 de la Ley 35/2015. De esa forma, no existirían lagunas que justificasen la publicación de otro sistema valorativo

En cualquier caso, habrá que seguir esperando a conocer el texto definitivo de la norma, si es que alguna vez llega, para hacer una valoración más profunda de la misma.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. CINCO DÍAS, "SI SUFRE UN ERROR MÉDICO, AHORA COBRARÁ MÁS IDEMNIZACION", 21 de Enero de 2016.
2. De Lorenzo y Montero, Ricardo, "EL BAREMO PARA DAÑOS SANITARIO, CADA VEZ MÁS CERCA", Redacción Médica, 15 de Abril de 2015, Numero 2642, Año XI.
3. Galán Cáceres, Juan Calixto, "REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL BAREMO APLICADO EN LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO SANITARIO", XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, AEDS.
4. Hernández Gil, Ángel, "ESTUDIO MEDICO FORENSE DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA". Revista de Estudios Jurídicos nº 8/2008 (Segunda Época)
5. Hernández Gil, Ángel, "INFORME PERICIAL EN RECLAMACIÓN POR DAÑOS SANITARIOS - VIABILIDAD DEL BAREMO DE DAÑOS MÉDICOS"
6. Galán Cáceres. Juan Calixto, "REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL BAREMO APLICADO EN LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO SANITARIO", XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, AEDS.
7. Ivone, Vitualia, "LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL", Asociación Juristas de la Salud, Año 2015, Vol. 25, Número Extraordinario 1
8. Laborda Calvo, Eugenio, "BAREMOS EN VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL BAREMO ESPAÑOL", Revista Española de Daño Corporal, 2006.
9. Laborda Calvo, Eugenio, "LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO SANITARIO", ponencia XII Congreso Nacional Derecho Sanitario, AEDS.
10. Lex Sanitaria, "LAS 10 MAYORES RECLAMACIONES A MÉDICOS DE LA ÚLTIMA DÉCADA ASCIENDEN A MÁS DE 22 MILLONES DE EUROS", 29 de Octubre de 2018.
11. López Martínez, José Carlos, "APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO COMO CRITERIO ORIENTADOR E INDEMNIZACIÓN POR SEPARADO DEL DAÑO MORAL EXTRACORPORAL", 20/05/2016, La Ley 2759/2016.
12. Mouré González, Eugenio, "HACIA UN BAREMO DEL DAÑO SANITARIO Y COMO VALORARLO HASTA ENTONCES", La Ley, 2018.
13. Murillo Carrasco, Diego "EL BAREMO DE DAÑO SANITARIO", Cinco Días, 24 de julio de 2015.

14. Revista Oficial del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, núm 35, Octubre 2015.
15. Sánchez Fierro, Julio, “ EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: UN BAREMO “AD HOC”, Revista Española de la Función Consultiva, nº 22, 2014, páginas 41-46
16. Sánchez Fierro, Julio, “EL BAREMO DE DAÑOS DE ORIGEN SANITARIO”, Revista Española de la Función Consultiva, nº 21, 2014, páginas 247-262.
17. Ivone, Vitualia, “LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL”, Asociación Juristas de la Salud, Año 2015, Vol. 25, Número Extraordinario 1

**EL PRETENDIDO CARÁCTER OBJETIVO DE LA  
RESPONSABILIDAD SANITARIA:  
EL CRITERIO DE LA LEX ARTIS.  
LA MEDICINA DE MEDIOS  
Y LA MEDICINA DE RESULTADOS:  
DE LA OBLIGACION DE HACER A LA  
OBLIGACION DE DAR.  
PROTOCOLOS MEDICOS E INDEMNIZACIÓN**

**Carmen Romero Cervera**

*Magistrada del Juzgado N° 2 de lo  
Contencioso-Administrativo de Mérida*

## INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el título de las presentes líneas, se puede concluir, sin miedo a equivocarnos que, dada su amplitud, el mismo me permite tratar el tema desde múltiples puntos de vista y tratar infinidad de cuestiones, haciendo especial hincapié en casos concretos, con sentencias concretas puesto que, el último término, la responsabilidad médica no deja de ser una cuestión de casuística pura y dura.

Si algo podemos afirmar es que, en este país, si de alguna materia sabemos todos es de derecho y de medicina; si a nuestros ya conocimientos innatos en medicina le añadimos la existencia de “*San Google*”, esos conocimientos se multiplican exponencialmente. Es decir, que entre lo que sabemos de medicina y lo que descubrimos a través de internet.....yo temblaría si fuera médico.

Ante la más mínima dolencia, todos corremos a meternos en “*el buscador de todo*” y así nos autodiagnosticamos nuestros males y ya sabemos el tratamiento que nos va bien según nuestras dolencias así que, cuando vamos al médico, nos resulta extraño que ante una simple caída no nos pauten una placa y un TAC y una resonancia y.....en fin, y eso sólo al principio porque cuando el mal ya se ha producido, entonces sí que nuestros conocimientos en medicina harían temblar a cualquier catedrático en la materia.

La medicina, como por todos es sabido, no es una ciencia exacta, no es una ciencia de resultado, sino una ciencia de medios –con las matizaciones que más adelante señalaremos-, sin embargo, nos encontramos con que en los últimos años las reclamaciones contra los profesionales sanitarios se han disparado, lo que hace que, en muchos casos, nos encontremos con supuestos de medicina preventiva en evitación de futuras reclamaciones. Esa medicina defensiva conlleva dos efectos:

- De un lado, un mayor gasto puesto que se van a prescribir mayor número de pruebas a fin de tener mayor número de datos objetivos que corroboren la actuación sanitaria ante una eventual y futura reclamación.
- De otro, una mayor molestia para el paciente el cual se va a someter a pruebas que no en todos los casos son apetecibles.

El único consuelo que hay es que este incremento de las reclamaciones se da en todos los países de nuestro entorno y con un desarrollo similar al nuestro.

La cultura litigiosa en este país va en aumento y, en lo que se refiere a las reclamaciones patrimoniales contra la Administración, se incrementa, a mi juicio, por dos motivos:

- De un lado y en lo que a la sanidad pública se refiere, por el hecho de que la carga impositiva va en aumento y hay una conciencia social de que hay que pagar impuestos –cosa que, hace 40 años no existía-; ese pago de impuestos hace que nos sintamos legitimados para exigir de la Administración una prestación de servicios que son pagados por todos y cada uno de nosotros.
- Y de otro lado, por el hecho de que estamos viviendo un momento en que el concepto de responsabilidad en la mayoría de las ocasiones, en cuanto a lo que nos acontece a cada uno de nosotros, preferimos trasladarlo a terceros y en el caso de la asistencia sanitaria parece que, en muchas ocasiones, olvidamos algo fundamental y es que todos nacemos para morir y que el fatal desenlace es consustancial a la vida misma pero nos empeñamos, ante cualquier adversidad, en buscar una respuesta y responsabilizar a alguien y en muchos casos, el fallecimiento sólo puede ser explicado, para los creyentes, por *“El de Arriba”* y no por los que nos acompañan en la última etapa de nuestra vida.

Dicho lo anterior, creo que puedo asegurar que tengo una posición privilegiada que me permite tener una visión más amplia de la cuestión sanitaria porque, de un lado, soy usuaria del sistema sanitario como paciente y, de otro lado, porque desde hace una década soy Magistrada de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo (en adelante CA), jurisdicción ésta en la que, entre otras muchas cosas, se ventilan asuntos de responsabilidad médica en el ámbito público.

Esa visión global que tengo –como paciente y como Juez de lo CA- me permite ver cómo los profesionales sanitarios tienen unos conocimientos muy especializados y cuentan con unos medios que les facilita la Administración (en lo que a la sanidad pública se refiere), medios e instrumentos de diagnóstico y tratamiento carísimos y esos mismos profesionales se encuentran *“entre la espada y la pared”* en tanto en cuanto los pacientes les van a exigir la mayor diligencia posible y, al mismo tiempo, la Administración les va a exigir la optimización en el uso de los recursos que pone en sus manos.

Al final, los profesionales sanitarios son los que *“dan la cara”* frente a los pacientes y es en los profesionales sanitarios en los que los pacientes terminamos personalizando los resultados adversos que podamos tener en nuestra enfermedad siendo frecuentes los enfrentamientos con el personal sanitario de los que deja constancia el Observatorio Nacional de Agresiones, que comenzó a funcionar en 2009, dentro de la Organización médica colegial.

## LA LEX ARTIS EN EL AMBITO CIVIL Y LA LEX ARTIS EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO

Cuando hablamos de responsabilidad sanitaria hemos de partir de una diferenciación según que el trabajo sea desempeñado por un facultativo que desempeña su labor en el ámbito privado o que se trate de un facultativo que preste sus servicios para una Administración pública. ¿Qué se deriva de esta distinción? Pues una primera consecuencia es el ámbito competencial a nivel de órgano judicial que ha de conocer la reclamación:

- Si la reclamación se presenta contra un facultativo que desempeña sus funciones en el ámbito privado, será la civil la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones judiciales
- Y si se trata de un facultativo que trabaja para una Administración pública, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa.

Esta distinción supone también que las normas que rigen una y otra reclamación son distintas y así, mientras la reclamación frente al facultativo particular se rige por las normas del Código Civil (art. 1902), la reclamación frente a los facultativos de una Administración pública (en puridad la reclamación es frente a la Administración y no frente a sus facultativos de manera individualizada cuando nos movemos en el ámbito c-a) se rige por las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por anormal funcionamiento de las mismas a las que seguidamente nos referiremos.

En lo que al ámbito civil se refiere, el art. 1902 CC dice que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*. Véase como en este caso la indemnización de reparación del daño va ligada a que concurra el requisito de culpa o negligencia.

Frente a esto, en el ámbito de la Administración pública, el origen de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria entronca –como cualquier tipo de reclamación por anormal funcionamiento de la Administración, sea de la rama que sea– con la Ley de Expropiación Forzosa, de los años 50; por su parte, el art. 106.2 CE viene a establecer 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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*; por su parte, el art. 32 de la Ley 40/15 de Régimen Jurídico del Sector Público –que viene a recoger lo previsto

en la derogada Ley 30/92- dispone que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”*

Vista la redacción del art. 1902 CC que rige la responsabilidad examinada desde el punto de vista civil y vista la redacción del art. 32 de la Ley 40/15, lo primero que llama la atención es que mientras que en vía civil se exige *“la culpa o negligencia”* para que opere la responsabilidad y la consiguiente indemnización, en vía administrativa, no se exige ese elemento subjetivo, puesto que sólo se habla del derecho a la indemnización siempre que exista una lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Pues bien, si vemos la evolución de la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa en materia de responsabilidad médica, vemos como ambas han terminado buscando un punto en común y ello en aras a la seguridad jurídica que se le debe a los ciudadanos pues no sería de recibo que a un médico que por la mañana trabaja para una Administración pública sanitaria se le exigiera un parámetro de actuación distinto a aquel que se le exige en la consulta que pueda tener abierta, a título particular, por la tarde.

Si concluimos que la responsabilidad médica es una responsabilidad objetiva pura y dura, podemos llegar a la conclusión de que siempre que se cause un daño el paciente tendrá derecho a una indemnización, sin embargo, obviamente, eso no se puede mantener puesto que la responsabilidad objetiva está integrada por otros elementos como son: 1) -. La existencia de un daño 2)-. El carácter antijurídico del daño, esto es: que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar ese daño a la vista de los avances y estado de la ciencia en el momento de producirse el mismo; esto entronca directamente con la actuación conforme a la *lex artis*. Y 3)-. La relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso.

## LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES

Dejando a un lado la evolución histórica de la teoría de la pérdida de oportunidades, por todos es sabido que el que pretende obtener una satisfacción ante un órgano jurisdiccional, necesariamente ha de probar los hechos sobre los que basa su pre-

tensión (art. 217 LECv), con matices que podemos encontrar en el supuesto de la inversión de la carga de la prueba o en la teoría de la facilidad probatoria.

Pues bien, quizá podamos decir que la teoría de la pérdida de oportunidades lo que viene a suponer es una matización de la carga de la prueba recogida en el art. 217 de la ley procesal civil en el sentido de que frente al viejo axioma de que si no hay prueba, no puede estimarse la pretensión del recurrente, en nuestro caso si se prueba que existía una probabilidad de evitar el daño que ha sufrido el paciente y que esa probabilidad ha quedado probada, será esa probabilidad, esa expectativa lo que habrá de indemnizarse, esto supone que la doctrina de la pérdida de oportunidades lo que viene a indemnizar es un daño en sí mismo, distinto del daño real sufrido, en el caso de la responsabilidad médica, se indemnizan no las lesiones que se padecen sino que lo que se indemniza es por aquello que no se ha hecho o se ha hecho tardíamente, tendente a evitar el daño que efectivamente apareciera.

Así lo dice el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala I de 23 de octubre de 2008 cuando afirma que *“la frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño cierto en sí mismo. Hay certidumbre del perjuicio que supone la misma oportunidad de pérdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor certidumbre de probabilidad de éxito de la expectativa. El resultado de esta es verdaderamente futuro, aleatorio e incierto y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, este daño eventual adolecerá o no de naturaleza pecuniaria pero la pérdida de oportunidad en cuanto tal, como hecho, puede ser fuente tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales”*.

En definitiva, la pérdida de oportunidades lo que viene es a indemnizar una probabilidad futura, aleatoria e incierta; frente a esta indemnización, recuérdese la regla general de que sólo serán indemnizables los daños probados debidamente-, aquí no se indemniza el resultado dañoso sino que lo que se indemniza es la pérdida de haber podido obtener unos mejores resultados a los realmente obtenidos.

Respecto a la relajación en la carga de la prueba, es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2008 –la sentencia del buceador- y en la que el Alto Tribunal, tras señalar que la Administración sanitaria ha de “poner los medios precisos para la mejor atención”, se insiste en que *“acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga*

*de un hecho de demostración imposible, pues, como todos los técnicos admiten, la introducción del accidentado en una cámara hiperbárica no asegura su total restablecimiento. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la “facilidad de prueba” aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas”*

Las primeras sentencias que recogen la teoría de la pérdida de oportunidades está, de la Sala I del Tribunal Supremo, la sentencia de la Sala I (civil) de 10 de octubre de 1998; en esa sentencia el supuesto fáctico es un obrero que sufre un accidente laboral y se amputa la mano, en la enfermería del centro de trabajo la ATS que está allí le presta los primeros auxilios e introduce el miembro amputado en una caja con hielo normal; posteriormente, mientras llega la ambulancia, una tercera persona, sin conocimiento de la ATS, cambia el miembro amputado a una caja de corcho blanco –de las usadas para las tartas heladas- introduciendo posteriormente hielo seco; la consecuencia de cambiar el hielo normal por hielo seco hicieron inviable el trasplante al estar el miembro amputado en avanzado estado de congelación. Pese a desconocerse cuál hubiera sido el resultado del trasplante de haberse conservado el miembro solo con hielo normal, el Tribunal Supremo viene a condenar a la ATS por *“una pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de mano que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”*.

Por lo que se refiere a la jurisdicción c-a, podemos retrotraernos a 1997, para encontrar una sentencia que aplique la teoría de la pérdida de oportunidades, la sentencia de 17 de enero de 1997 de la Sala III se refiere a un supuesto de reclamación de los familiares de un herido que fue conducido al servicio de urgencias de un ambulatorio en el que no había personal facultativo, siendo en este caso el pronunciamiento estimatorio de la indemnización solicitada *“pues tal ausencia de personal sanitario impidió que pudiesen adoptarse las medidas urgentes factibles en función de los medios disponibles”*.

Junto con la pérdida de oportunidades, la teoría del daño desproporcionado opera como técnica de facilitación probatoria, a fin de mitigar la carga de ésta acudiendo al juego de presunciones y a ella se refiere la sentencia de 19 de julio de 2013, de la Sala I del TS; es un supuesto de reconstrucción mamaria izquierda mal realizada; en este caso se viene a señalar que *“la doctrina del daño desproporcionado, entendiéndose como tal aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profe-*

*sional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probando" de la relación de causalidad y la presunción de culpa"*

## **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La historia de la medicina ha ido evolucionando de un modelo paternalista a un modelo basado en la autonomía del paciente; en el modelo paternalista nos encontramos con una subordinación del enfermo a las decisiones del médico. La Ley 41/2002, de autonomía del paciente, define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. (ART. 3).

En relación al consentimiento informado, quiero hacer hincapié en la trascendencia del mismo; soy consciente de la carga de trabajo que tienen los profesionales de la medicina y en ocasiones —o al menos es la conclusión que he sacado después de estar examinando durante diez años consentimientos informados en las historias clínicas— parece que el mismo se trata como un simple trámite burocrático; es frecuente ver en las historias médicas como el consentimiento informado consiste en una hoja en la que, en ocasiones ni siquiera aparece identificado el facultativo que realiza la información, en la que se indica el tipo de tratamiento o intervención a practicar y los riesgos frecuentes y los infrecuentes; en ese documento aparece también —con más frecuencia de la deseable— una zona de puntos suspensivos que en la mayoría de las ocasiones está sin rellenar, es decir, que no hay una individualización de la información para el caso concreto, con el riesgo que ello puede generar y concluir en una mala praxis por falta de información.

Respecto al momento en que se ha de dar esa información y obtener ese consentimiento, obviamente, esa información, ha de darse antes de la intervención médica.

En cuanto a las personas obligadas a prestar la información necesaria, tendremos que estar a lo señalado en el art. 4 de la Ley 41/2002 pudiendo concluir que, la su-

pervisión final de que se ha hecho correctamente esa información, compete al médico.

Respecto a los titulares del derecho a ser informados, inicialmente será el propio paciente, sin perjuicio de que puedan ser también destinatarios de esa información los familiares del paciente o personas de hecho vinculadas al mismo.

Hay que dejar claro que las personas con capacidad de obrar limitada o problemas de cognición no están excluidas, per se, a ser titulares de ese derecho a la información, sin perjuicio de que el mismo se haga adecuándolo a sus circunstancias concretas.

En el caso de menores de edad, tenemos que tener en cuenta que el art. 9 de la Ley 41/2002, si los mismos están emancipados o son mayores de 16 años, el consentimiento habrán de darlo ellos mismos y no cabe prestar el mismo por representación (salvo lo supuestos de las letras b y c del citado artículo); para los menores de 16 años, pese a la intervención de los padres o tutores, habrá de verse el grado de madurez del menor para tener también en cuenta su opinión y, en caso de divergencia con la de los padres o tutores, llegar incluso a solicitar autorización judicial, teniendo siempre en cuenta el interés del menor, oyendo también, en su caso, al defensor judicial o al Ministerio Fiscal.

Respecto a los incapaces, habrá de estarse a lo dicho en la sentencia de incapacitación, no pudiendo olvidar que determinadas actuaciones médicas requerirán la intervención judicial (v.gr. internamiento de urgencia de enfermos mentales, art. 763 LECv) o esterilización de deficientes mentales (art. 156 cp).

El contenido de la información, es la prevista en el art. 10 de la Ley 41/2002 y hemos de recordar que la identificación de la correcta técnica a realizar no forma parte de la información a la que tiene derecho el paciente y así lo dice la sentencia de la Sala III de 30 de abril de 2012. Respecto a la forma de la información y del consentimiento, la regla general es que el consentimiento podrá ser verbal, sin perjuicio de que deba prestarse por escritos en supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos, diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general en aquellos supuestos de aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2 de la Ley 41/2002)

En cuanto a la prueba del consentimiento informado, si bien es verdad que lo normal es que aparezca documentalmente recogido, nada impide que esa información se

acredite mediante las declaraciones de los propios facultativos que verbalmente la hayan realizado (recogida de datos en el JARA).

En cuanto a modelos de consentimiento informado estereotipado, creo que es muy significativa la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2006, Ponente Ilmo. Sr. Seijas Quintana.

Llegados a este punto en cuanto a la información que se le ha de facilitar al paciente para cumplir con la *lex artis* de manera correcta hemos de hacer una distinción entre medicina asistencial y la medicina satisfactiva. Vista la jurisprudencia en cuanto a la información en la medicina satisfactiva, la conclusión a la que llegamos es que en el caso de intervenciones de medicina satisfactiva, de cirugía estética, se exige un plus en cuanto al contenido de la información que ha de facilitársele al paciente. (por todas, sentencias TS -sala I- de fecha 27 de septiembre de 2010 y 13 de abril de 2016, ponente Ilmo. Sr. Seijas Quintana).

Nos podemos encontrar con excepciones al consentimiento del paciente como son la renuncia y revocación del consentimiento.

En cuanto a la renuncia, el paciente puede renunciar a recibir información (art. 9 ley 41/2002) en los términos previstos en el art. 9.1; para el caso de no aceptar el tratamiento prescrito, habrá de estarse a lo previsto en el art. 21 de la Ley 41/2002.

Es también una excepción al consentimiento del paciente los supuestos de riesgo para la salud pública, contemplado en el art. 9.2 de la Ley 41/92; el supuesto típico al que se refiere este artículo que exceptúa la necesidad de contar con el consentimiento del paciente es el relativo a enfermedades infecto-contagiosas, en estos casos, la competencia se atribuye a los Juzgados de lo CA vista la redacción del art. 8.6 LJCA. Otro supuesto en el que se exceptúa el consentimiento del paciente es el internamiento de enfermos mentales por razones de urgencia al que se refiere el art. 763 LECv.

## **INDEMNIZACIÓN**

Por todos es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el baremo de accidentes de circulación no es vinculante para el Juez de lo CA sino que el mismo puede operar simplemente como criterio orientador. La necesidad de fijar los criterios indemnizatorios va unido al requisito de la motivación de las resoluciones judiciales, que entronca con el art. 24 CE. Son numerosos los criterios que habrán de tenerse en cuenta, en primer lugar, habrá de determinarse –normalmente mediante

la correspondiente pericial- cuál hubiera sido la probabilidad de curación de haberse diagnosticado a tiempo la enfermedad o de haberse anticipado el tratamiento adecuado, esa probabilidad, que nos vendrá dada en términos porcentuales, habrá de descontarse necesariamente del daño realmente padecido, sin perjuicio de tener en cuenta otros factores como puede ser la edad del paciente, sus circunstancias previas, antecedentes médicos, edad de los descendientes, existencia de ascendientes, descendientes u otras personas a su cargo...

## CONCLUSIONES

Para concluir me gusta intentar conseguir la cuadratura del círculo y, al menos, enlazar las pinceladas esbozadas al principio con las conclusiones. Al inicio de las presentes líneas señalaba que las reclamaciones por actuaciones médicas se han visto notablemente incrementadas de unos años a esta parte y me temo que el ritmo va a seguir en aumento. Ante este futuro tan poco halagüeño, hemos de preguntarnos qué alternativas hay para evitar que las reclamaciones médicas vayan en aumento, optando muchos sanitarios y también muchos operadores jurídicos, por la solución de la mediación, con ella lo que se trata de evitar, en muchas ocasiones, es una victimización secundaria –bien del propio enfermo, bien de sus familiares- para que no tenga que revivir las situaciones traumáticas previas.

En derecho comparado, nos encontramos con de comisiones de conciliación e indemnización que se encarguen de facilitar la solución amigable de conflictos derivados de accidentes médicos e infecciones nosocomiales.

Creo, pues, que lo deseable sería la creación de comisiones técnicas que estudien los posibles errores o negligencias, sin estigmatizar al facultativo, y que den una explicación clara y comprensible al paciente o sus familiares y, en los casos en los que efectivamente haya existido un error médico, que se le pida perdón al paciente y se le indemnice debidamente y creo que ello no sólo frenaría la judicialización de la actividad médica sino que también incrementaría la confianza de la sociedad en el sistema sanitario.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Cuestiones jurídicas sobre la prueba pericial médica. Jesus María Chamorro (cuadernos digitales de formación CGPJ, 2017)
2. El consentimiento informado. Miguel Angel Ulibarrena Sainz (cuadernos digitales de formación CGPJ 2017)
3. Blog Delajusticia.com (José Ramón Chaves, Magistrado). Blog de la Dra. Mónica Lalanda, médico a cuadros.

**IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA  
SUPERVISIÓN DE LOS MÉDICOS INTERNOS  
RESIDENTES COMO OBJETIVO EN LA  
EDUCACIÓN PARA LA  
PREVENCIÓN DE LITIGIOS**

**Carlos López Bernáldez**

*Médico especialista en medicina familiar y comunitaria  
en el Centro de Salud Valdepasillas (Badajoz)*

*Profesor de la Facultad de Medicina de Badajoz.  
Universidad de Extremadura*

Una de las actividades casi inseparables del deber médico, reconocida desde la antigüedad (código hipocrático, siglo V a.C.), es la actividad formativa que realizan, en su caso, hacia los estudiantes de medicina, especialización médica o formación continuada de otros compañeros, como un deber que se mantiene en los códigos de deontología actuales<sup>1</sup>.

Dentro de la formación médica, la importancia del rol de ejemplo radica en la transmisión, especialmente de forma implícita, de valores, actitudes y comportamientos.

Por otra parte, la actual saturación de los Centros Sanitarios y la progresiva disminución de las plantillas de médicos de forma generalizada, puede inducir a que los médicos en formación asuman responsabilidades para las que legalmente no están capacitados, junto a horarios y servicios sobredimensionados, comportamientos que transmiten tanto los médicos docentes como los médicos residentes *“mayores”* en su práctica diaria, conformando una cultura de la organización sanitaria e institucional que se transmite de forma poco consciente a través del ejemplo y que las direcciones y administraciones sanitarias, que si son consentidoras de estos hechos son incurridoras de la llamada culpa in eligendo, por incumplir el especial deber de vigilancia o de cuidado en la selección de los médicos encargados de la asistencia, o in vigilando si el tutor no ejerce su obligación de supervisar al médico residente.

Los tutores y la administración de los centros sanitarios docentes deben informar a las personas que van a ser atendidas en estos centros, con la mayor difusión posible, de la existencia de médicos en formación participando en la asistencia sanitaria, pedir y agradecer su colaboración.

La legalidad de la asistencia sanitaria por parte de médicos en formación está contemplada en la Ley General de Sanidad de 1986, Artículo 104.1.

El Código de Ética y Deontología Médica<sup>1</sup> en el Capítulo IV, artículo 22,1 contempla que:

- *“el médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia”.*

y en el Capítulo XVIII, artículo 63:

- Que los estudiantes de medicina deben conocer este Código y que los médicos docentes deben aprovechar cualquier circunstancia para la enseñanza de los valores éticos y ser conscientes del valor formativo de su ejemplaridad.

- La capacidad del médico en formación de realizar tareas asistenciales propias de su periodo formativo y siempre bajo la supervisión del médico docente.
- Que en presencia de pacientes hay que evitar corregir al discente en lo relativo a la práctica médica.

En el Real Decreto 183/2008 en su capítulo IV sobre los Órganos docentes de carácter unipersonal, define en su artículo 11, el concepto de tutor, así como sus funciones en la planificación y el aprendizaje de los conocimientos y habilidades necesarios para obtener la especialidad por parte de los residentes y como debe realizarse su nombramiento.

En su artículo 12 define los aspectos de mejora de competencia tanto de práctica clínica como en su aspecto docente, su evaluación e incentivación.

La ley 44/2003, que es la Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias, define el sistema de residencia, y explica cómo es la formación del médico residente y cómo debe ser su participación.

En la práctica de la medicina es inherente la dimensión ética y moral, sin embargo los programas docentes y los temarios de las diferentes especialidades médicas, salvo honrosas excepciones, adolecen de temarios específicos en materias tanto éticas como legales, siendo en la mayoría de los casos elementos puntuales y simples declaraciones de interés, a todas las luces insuficientes para definir y regular la formación de los residentes en estas materias e inexistentes en la prevención de litigios.

Todo acto y conducta médica incorpora un componente ético que debe incorporarse a los programas MIR de todas las especialidades, plasmarse en actividades evaluables en el desarrollo de la especialidad y explicitar unas normas y guías que capaciten a los tutores en el desarrollo del proyecto docente y en la evaluación de las medidas implantadas.

En este sentido debemos resaltar positivamente el Itinerario Formativo de la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria<sup>2</sup> y otras iniciativas como el libro guía del Tutor de Residentes escrito por los tutores del Hospital de Alcorcón<sup>3</sup> y el Manual del Tutor de Formación Especializada del Hospital Universitario Cruces<sup>4</sup>.

El médico residente firma un contrato con la administración sanitaria en el que se contempla una parte asistencial y otra de aprendizaje, siempre con la supervisión de un tutor y la vigilancia de la Comisión de Docencia que ejercerá evaluaciones periódicas, dejando constancia por escrito tanto el residente como el tutor como la Comisión de Docencia de todas las competencias y habilidades que el residente vaya

adquiriendo y en consecuencia capacitado para actuar con independencia sin supervisión directa. Si se produjera un efecto adverso en una actividad o competencia no registrada como evaluada y competente, aunque lo conozca y lo practique con soltura, sería considerada mala praxis, con responsabilidad legal.

### **LEX ARTIS. LIBRO DEL RESIDENTE. MEMORIA DOCENTE**

Uno de los documentos de mayor interés es el Libro del Residente, es una memoria docente del residente, de carácter obligatorio, propiedad del residente y acogido a la Ley de protección de datos, en él se registran las actividades y rotaciones que realiza. Es un instrumento de autoaprendizaje, de reflexión individual y con el tutor, en él se registran los incidentes críticos y su resolución. Es soporte para entrevistas y evaluaciones. Es la base para el Curriculum vitae. Está diseñado por la Comisión Nacional de Especialidades, aunque está adaptado a cada Unidad Docente.

En el Libro del Residente se registran las habilidades y competencias que el médico residente va adquiriendo a lo largo del itinerario formativo de cada especialidad y se acreditan con la firma de su tutor principal, evaluándose al menos anualmente y al final del periodo de formación, dando valor legal y capacitación para las funciones propias de su especialidad, determinando su grado de autonomía según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad. según recoge la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias<sup>5</sup>.

### **TRABAJO EN EQUIPO**

Cuando se trabaja en equipo el grado de responsabilidad de cada una de las partes que intervienen es en ocasiones difícil de determinar. En el caso que estudiamos la relación es cuádruple, entre paciente, médico tutor, médico residente y administración sanitaria. Se hace necesario el estudio de las funciones, relaciones profesionales y organizativas que determinaran el grado de responsabilidad de cada una de las partes.

En el aprendizaje del MIR es imprescindible la supervisión, por lo que, ante cualquier error, puede descargar la culpa total o parcialmente en el residente, en el tutor o en la propia institución por las llamadas culpa in vigilando y culpa in eligendo respectivamente.

La culpa in vigilando y culpa in eligendo es una responsabilidad legal que contempla el código civil y que es ignorada o infravalorada por algunos de los médicos tutores y también en ocasiones por las aseguradoras en las pólizas de seguro para proteger la responsabilidad civil de médicos tutores o instituciones sanitarias.

Artículo 1902 del Código Civil<sup>6</sup>.

*“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.*

Artículo 1903 del Código Civil en su primer párrafo dice: *“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”.* En los siguientes párrafos refiere que los padres, tutores y los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables de los daños y perjuicios causados por aquellos que están bajo su autoridad, su tutoría o son sus empleados o dependientes.

En su último párrafo dice, *“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”.*

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 marzo 2007, rec. 419/1999<sup>7</sup>. Recoge la infracción por parte de la empresa del deber de cuidado en la selección de personal o en la actividad por estos desarrollada.

La culpa in eligiendo es la falta de cuidado en la elección de la persona que produce el daño, sin embargo, si el daño se ha producido por falta de vigilancia, asistencia o dirección del tutor, entonces queda patente la culpa in vigilando del tutor.

La responsabilidad del deber de supervisión de la acción de los médicos residentes durante todo el periodo docente es del centro y de todos los miembros que forman parte de él, es decir, de todos los médicos del centro docente, cuando el tutor está ausente. Por tanto, por parte de la dirección del centro se debe asegurar que haya un médico capacitado que realice la tutorización del residente y consecuentemente su supervisión y control.

Tres posibilidades se presentan en el análisis de la responsabilidad médica en el caso de que intervengan los médicos residentes:

1. Responsabilidad del residente. Que no solicite supervisión.
2. Responsabilidad del tutor. Según supervise o no al residente

3. Responsabilidad de la administración, según permita o no la elección de un residente como responsable de un acto médico sin supervisión de un tutor.

### **¿EL MÉDICO RESIDENTE PUEDE SER DESIGNADO COMO PERSONAL DE SERVICIOS MÍNIMOS EN CASO DE HUELGA MÉDICA?**

Una sentencia de Tribunal Supremo del 27 de junio de 1994 dice: «*Durante el transcurso de una huelga se podrán imponer servicios mínimos que obliguen al MIR a realizar funciones de mera colaboración, no pudiendo en el desarrollo ordinario de su trabajo hacer funciones propias de la especialidad para la que se prepara sin la supervisión del jefe de servicio. Tampoco podrá imponérsele durante una huelga la obligación de colaboración sin esa supervisión*». Por tanto, ni siquiera en huelga los MIR podrán desarrollar funciones propias de la especialidad para la que se preparan sin la supervisión de un jefe adjunto superior.

### **AUTONOMÍA DEL RESIDENTE PARA ATENDER A PACIENTES. LAS DIFERENCIAS DE CRITERIO**

No deberían existir en general diferencias de criterio clínico entre el propuesto por el tutor y el residente, pero en el caso de producirse, el diálogo entre ellos debería llevar a una deliberación de tal forma que no se generen diferencias importantes entre ellos, en base a las Guías Médicas y las evidencias conocidas.

El residente que opine que está ante actuaciones que podrían perjudicar o ser maleficientes para el paciente, puede negarse a realizarlas, pues él también tiene responsabilidad sobre el beneficio de los pacientes.

El tutor siempre mantiene la responsabilidad sobre los pacientes, aunque delegue parte de sus funciones en el médico residente pero tampoco puede abandonar nunca su tarea de supervisión.

Es de aplicación, en estos casos, la siguiente legislación:

RD 1146/2006 art. 4 obligaciones del residente:

b) Formarse siguiendo las instrucciones de su tutor y del personal sanitario y de los órganos unipersonales y colegiados de dirección y docentes que, coordinadamente, se encargan del buen funcionamiento del centro y del desarrollo del programa de formación de la especialidad correspondiente.

Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada artículo 15.

**2.** En aplicación del principio rector que se establece en el artículo anterior, los residentes se someterán a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación.

El Real Decreto 1146/2006, en su artículo 4, referente a las obligaciones del residente, refiere que el residente debe formarse siguiendo las instrucciones de su tutor y del resto de tutores colaboradores o docentes u órganos colegiados de dirección que son responsables de su formación en la especialidad correspondiente.

También el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero determina en el artículo 15.2 que *“los residentes se someterán a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación”*.

## **LOS CONFLICTOS DE LEALTAD CON LA EMPRESA**

Durante el ejercicio de la medicina dentro de una empresa, sea privada o pública se plantean conflictos de interés entre la responsabilidad con el paciente y los intereses de la empresa. Con el ejemplo de la práctica clínica diaria es como el tutor puede ayudar al residente a construir su criterio clínico con sentido crítico y constructivo, pero siempre en beneficio del paciente.

## **RESPONSABILIDAD DEL TUTOR HACIA EL PACIENTE**

El paciente está expuesto a un mayor riesgo de yatrogenia, por el hecho de colaborar en la formación de los residentes, el tutor deberá poner todos los medios a su alcance y velar por que no se realicen daños al paciente por este hecho, atendiendo a los principios éticos de no maleficencia, beneficencia, justicia y se respete la autonomía del paciente. El tutor es responsable de la atención al paciente, aun cuando no esté presente durante la asistencia ejercida por el médico residente de forma autónoma<sup>8</sup>.

El grado de supervisión de cada residente depende no solo del cronograma teórico sino de la experiencia de cada residente en particular y de sus aptitudes, adaptando la supervisión a las características particulares de cada residente, el cual no debe visitar a los pacientes en solitario hasta que no haya adquirido el grado necesario de competencia clínica y ética para ello, siempre con supervisión y apoyo de un tutor.

Es necesario que el tutor, y la organización en la cual tiene lugar la docencia, informen adecuadamente a los pacientes sobre el hecho de que son atendidos por médicos en formación (no estudiantes). Debe informarse a los pacientes mediante cartelera exterior a las consultas el carácter docente del centro y es aconsejable presentar a los residentes que deben llevar, como todo el personal sanitario, su identificación personal en lugar visible, pedir y agradecer su participación al paciente que puede consentir o denegar el consentimiento antes o durante la realización de la consulta.

La formación de los MIR se realiza en un entorno asistencial real y su contrato se compone, básicamente, de una parte, formativa y por otra de otra asistencial, siendo la proporción de una y otra variable según el año de residencia. Ello nos puede plantear en ocasiones ¿Qué es primero, la formación o el derecho a la atención sanitaria?

La prioridad tanto del tutor como del residente debe ser la atención al paciente, y la función docente es secundaria a esta, la prioridad siempre debe ser el beneficio del paciente y esta enseñanza fundamental para el residente.

En ocasiones se producen repeticiones de actuaciones clínicas sobre el paciente con la finalidad de aprendizaje del residente, si estas no son en beneficio del paciente, se debe informar de tales circunstancias y pedir permiso para su realización. En el caso de que la repetición de estas actuaciones clínicas sean maleficientes, no deben realizarse en beneficio del paciente y en este caso se debe considerar para el aprendizaje las técnicas con modelos o simuladores clínicos, técnicas de comunicación audiovisual, entrevistas con actores, o realidad virtual.

Si el residente no ha adquirido la competencia necesaria, el tutor debe monitorizar las exploraciones que realice el médico residente y, si es necesario, repetir la exploración. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid al condenar a un médico adjunto por dar por buena una exploración física de un paciente por parte del residente<sup>9</sup>.

El seguimiento clínico de los distintos problemas de salud a lo largo del ciclo vital del paciente es uno de los cuatro pilares básicos de la atención primaria de salud y la base en la que se cimenta la relación de confianza médico paciente.

Cuando el tutor deja solos a sus residentes pasando consulta, sin garantizar que siempre está al tanto de los problemas sanitarios del paciente, se produce una discontinuidad en la longitudinalidad de la asistencia y consecuentemente una falta de confianza.

En consulta se debe respetar la intimidad del paciente en todo momento, así como su voluntad de comentar o no delante del residente temas que el paciente no se encuentre cómodo en su presencia.

El paciente puede usar la consulta con el médico residente para obtener pruebas complementarias, sobremedicación u otras actuaciones que no corresponden. El tutor también puede utilizar la consulta en presencia del residente para evitar conflictos con el paciente. La supervisión y la constancia de que el tutor está al tanto de cuanto ocurre en la consulta es el mejor antídoto para evitar estas situaciones.

La participación de los médicos residentes puede ayudar a obtener una nueva visión de la etiología, diagnóstico o tratamiento de los pacientes.

El tutor puede cometer un error y equivocarse; su reconocimiento de forma humilde y honesta valorando sus causas y como se puede evitar repetir el error, trasmite al residente la cultura de mejora y los valores deontológicos de la profesión médica.

## LA SUPERVISIÓN DEL MÉDICO RESIDENTE

El residente, en ocasiones, no está supervisado, porque no ha esperado el apoyo y supervisión de su tutor, bien porque el tutor la deniega o porque la administración no la facilite.

En cuanto a cuál es la frecuencia de estos hechos en la práctica clínica diaria, destacamos el trabajo de Manuel Menéndez, presidente de la Asociación Española de MIR que hizo público un sondeo en 2004<sup>10</sup> en el que se señala que:

- El 33,7 por ciento de los residentes estaba sólo supervisado durante una parte de la guardia.
- El 10,5 afirma que no tiene ninguna supervisión.
- El 37,9 por ciento rubrica el MIR las altas a falta de un adjunto,
- Un 12,5 por ciento se ha visto involucrado en reclamaciones o denuncias.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Código de Deontología Médica. 2011. Disponible en:  
[https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf).
2. Programa formativo de la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria; 2005. Disponible en:  
<https://www.msccbs.gob.es/profesionales/formacion/docs/medifamiliar.pdf>.
3. Guía del Tutor de Residentes - Hospital Universitario Fundación Alcorcón; 2018. Disponible en:  
<https://www.comunidad.madrid/hospital/fundacionalcorcon/file/3058/download?token=V4nVzDdl>
4. Manual del Tutor de Formación Especializada del Hospital Universitario Cruces; 2014. Disponible en:  
[https://osieec.osakidetza.eus/hospitalcruces/documentos/actividadDocente/Manual\\_del\\_Tutor\\_Hospital\\_Cruces\\_2014.pdf](https://osieec.osakidetza.eus/hospitalcruces/documentos/actividadDocente/Manual_del_Tutor_Hospital_Cruces_2014.pdf)
5. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21340>.
6. Código civil. Disponible en:  
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/art/a1903.htm>
7. STS 420/2007, 30 de marzo de 2007. Disponible en:  
<https://supremo.vlex.es/vid/intoxicacion-inhalacion-gas-natural-27821825>
8. La tutorización de residentes. La fuerza del ejemplo; Colección “Reflexiones de la práctica cotidiana”, núm. 11. 2016. Disponible en:  
[http://gestorweb.camfic.cat/uploads/ITEM\\_6858.pdf](http://gestorweb.camfic.cat/uploads/ITEM_6858.pdf)
9. Condenan a un año de cárcel a dos médicos del Gregorio Marañón por no diagnosticar a tiempo un ictus. Infosalus. Disponible en: <https://m.infosalus.com/actualidad/noticia-condenan-ano-carcel-dos-medicos-gregorio-maranon-no-diagnosticar-tiempo-ictus-20130617114436.html>
10. Condenado un MIR por no consultar un diagnóstico difícil; Asociación de errores médicos; 23/11/2004. Disponible en:  
<https://www.asociacionerroresmedicos.com/condenado-mir-no-consultar-diagnostico-dificil>

**PERCEPCIÓN DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE  
EVENTOS ADVERSOS Y ERRORES CLÍNICOS POR  
PARTE DEL MÉDICO INTERNO RESIDENTE  
DURANTE SU ETAPA FORMATIVA**

**Alba Palmerín Donoso**

*Médico Interno Residente de Medicina Familiar y Comunitaria.  
Centro de Salud Valdepasillas (Badajoz)*

Un Médico Interno Residente (MIR) es un médico que se encuentra formándose de manera reglada para convertirse en especialista. En no pocas ocasiones, la figura del MIR no es bien conocida ni por los pacientes ni por otros profesionales sanitarios. La ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS), que se centra en *“regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, así como las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales”*, define el sistema de residencia, así como cuestiones relativas a la formación de los médicos residentes y explica que la formación especializada es *“[...] una formación reglada y de carácter oficial que tiene como objeto dotar a los profesionales de los conocimientos, técnicas, habilidades y actitudes propios de la correspondiente especialidad, implicando tanto una formación teórica y práctica como una **participación personal y progresiva** del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades inherentes al ejercicio autónomo de la misma”*<sup>1</sup>. Podemos tomar la ley como un conjunto de información que, para nuestra práctica diaria, consideremos meramente teórica y poco aplicable o, por el contrario, podemos intentar extraer la información clave que la ley aporta en cuanto a la problemática de la responsabilidad del médico residente. De este modo, dos palabras son las más importantes para comprender por qué y cómo aparecen los diversos problemas en torno a la responsabilidad del residente: *participación progresiva*, ya que el MIR no comienza su actividad sabiendo ejercer, sino que va aprendiendo a medida que trabaja.

Es importante tener en cuenta que el contrato de un MIR no es igual que el de otro médico que trabaja en el Sistema Nacional de Salud, sino que se considera que tiene una relación laboral especial<sup>2</sup>, regulada por el Real Decreto 1146/2006, conocido coloquialmente como *“Estatuto del Residente”* (su nombre completo es *Real Decreto 1146/2006 por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud*<sup>3</sup>). De forma simultánea, el MIR recibe formación y realiza una labor asistencial que le permite ir adquiriendo las competencias profesionales propias de la especialidad que está cursando<sup>4</sup>. El Real Decreto 183/2008 (*RD por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos en el sistema de formación sanitaria especializada*) determina que la práctica asistencial debe ser programada, supervisada y, al igual que se recogía en la LOPS, progresiva<sup>4</sup>. También establece unas normas generales que se aplican a cualquier residente del Servicio Nacional de Salud, independientemente de si trabaja en un centro de titularidad pública o privada: regula la jornada laboral, liga las subidas del suelo del residente a las del personal es-

tatutario, contempla prórrogas en el contrato y un plan de recuperación de evaluaciones negativas, introduce medidas de conciliación entre la vida laboral, personal y familiar, especifica que los programas de formación especializada son los que aprueba el Ministerio de Sanidad y hace referencia a otra cuestión no menos importante: los hospitales no pueden recurrir al contrato de residencia para cubrir sus necesidades asistenciales<sup>4,5</sup>. Se intenta crear normas, nacionales<sup>6,7</sup> y autonómicas<sup>8</sup> que protejan la salud del residente y que le permitan conseguir los objetivos docentes estipulados manteniendo la calidad y continuidad asistencial<sup>5</sup>.

Sin embargo, no existe legislación específica con respecto al régimen disciplinario del MIR, sino que se emplea la misma legislación que para el personal estatutario<sup>5</sup>.

Los problemas legales del MIR pueden tener diferentes orígenes: problemas en la relación residente-tutor, problemas en la relación médico-paciente, problemas en la actitud del propio residente con respecto a su trabajo o que el propio MIR se encuentre inmerso en un problema estructural del centro sanitario en el que trabaja.

Cuando el origen de los problemas es la relación residente-tutor, puede ocurrir que<sup>5</sup>:

- El MIR se encuentre en situación de “*desamparo*”: Su tutor u otros especialistas delegan en él en exceso o existen menosprecios de forma implícita o explícita hacia el residente.
- El especialista no permita que el residente asuma ninguna función.

Si las funciones del MIR en la organización del Servicio están poco claras, el riesgo de que se vea sobrecargado de trabajo es mucho mayor, lo cual puede derivar en que se priorice el trabajo del residente frente a su formación y que, en casos extremos, se vea sometido a explotación laboral<sup>5</sup>. La falta de supervisión en las guardias es percibida por los residentes como una fuente de problemas, cuyas causas pueden ser diversas: especialistas reacios a acudir cuando el residente solicita su ayuda, que se encuentran localizados a una distancia excesiva de donde está trabajando el residente o que realizan reproches o comentarios que pueden suponer chantaje emocional al MIR (situaciones que, en definitiva, denotan falta de dedicación del tutor o responsable docente de residentes en la situación en cuestión)<sup>5</sup>.

A veces, el origen de los problemas es la actitud del MIR, debido a<sup>5</sup>:

- Pasividad excesiva.
- Excesiva proactividad.
- Estrés y sobrecarga de trabajo.

- Acoso laboral o sexual.
- Falta de un mentor o figura de referencia.

La existencia de problemas estructurales del centro sanitario agrava las situaciones anteriormente descritas y dificulta su resolución.

Durante el ejercicio profesional del MIR, su adquisición progresiva de responsabilidades se encuentra en estrecha relación con el deber general de supervisión de los especialistas que deben contribuir a su formación.

Existen tres niveles de responsabilidad, según el año de especialización<sup>5</sup>:

- Nivel 1 (responsabilidad mínima): Para los residentes de primer año. El residente solo asiste u observa los actos realizados por el tutor o los distintos facultativos. Puede realizar algún acto de nivel 2 al final de esta etapa, con supervisión de presencia física por un especialista, que debe además visar por escrito los documentos emitidos por el MIR.
- Nivel 2 (responsabilidad media): Para los residentes de segundo y/o tercer año. Los actos médicos se ejecutan bajo supervisión directa de un especialista, aunque esta supervisión puede ir adquiriendo carácter decreciente a medida que el residente avanza en su formación. No obstante, el residente debe poder recurrir y consultar a los especialistas de la unidad en la que está prestando servicio cuando lo considere necesario. Si se actúa imprudentemente en un acto, estando capacitado para ese acto, el MIR será responsable penalmente y no su tutor, ya que la responsabilidad penal es personal y no se puede transferir. Sí podría exigirse al tutor una responsabilidad por culpa *in vigilando*, exigible a todo el que el que deba responder por otra persona.
- Nivel 3 (responsabilidad máxima): Para el tercer, cuarto y quinto año. El residente puede realizar un acto médico, del que es responsable en su totalidad si lo realiza de forma autónoma sin la intervención del tutor. El formador debe encontrarse disponible para que el MIR pueda solicitar ayuda, pero no es imprescindible su presencia física constante. El MIR puede realizar un acto médico y posteriormente informar al tutor o facultativo correspondiente de su actuación.

Las actividades que un MIR puede realizar o no de forma autónoma, además de depender del año de formación en el que se encuentre, están recogidas en diferentes documentos: los diferentes Programas de las Especialidades, los Planes individuales de formación, las evaluaciones anuales y los Protocolos de las comisiones docentes.

Estos documentos suelen ser los medios de prueba habituales para demostrar sus capacidades en el momento de la conducta que se esté valorando<sup>5</sup>. No obstante, los Programas de las especialidades suelen recoger directrices generales o contener elementos puntuales, lo cual no es suficiente para poder definir y regular la formación de los residentes en materia ético-legal y, además, hace que estos documentos no resulten útiles en la prevención de litigios.

Por otra parte, la actual saturación de los centros sanitarios puede inducir a que los médicos en formación asuman responsabilidades para las que legalmente no están capacitados junto a horarios y servicios sobredimensionados<sup>9</sup>.

El límite de la responsabilidad profesional no siempre es nítido; la del MIR está ligada a sus conocimientos. Responsabilidad significa, en general, la obligación de responder del alcance de un acto. Para los médicos, sería la obligación que tienen de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios, cometidos en el ejercicio de su profesión<sup>5</sup>. Para delimitar la responsabilidad del MIR hay que tener en cuenta, además de la inherente a sí mismo, la que pueden tener tanto el tutor (según supervise o no) como la Administración u organización del Servicio (según la forma en la que permita la realización de actos médicos por los MIR, con o sin supervisión).

Pueden existir diferentes situaciones de responsabilidad<sup>5</sup>:

- El MIR actúa dentro de sus funciones y está correctamente supervisado: Esta es la situación de trabajo ideal. El residente, apoyado por su tutor, actúa sobre el paciente en la medida que especifica su Programa de Especialidad. La línea general de las sentencias judiciales en este escenario es que la pena es mayor sobre el tutor que sobre el residente, al considerarse que no puede ser la misma responsabilidad la que recaiga sobre el que se encuentra en período de formación de una especialidad que sobre el que ya es especialista.
- El MIR actúa dentro de sus funciones, sin supervisión: El tutor no está realizando su labor supervisora, por lo que la responsabilidad recaería sobre él.
- El MIR actúa más allá de sus funciones, estando correctamente supervisado: El residente se extralimita por no consultar, teniendo posibilidad de hacerlo. Las sentencias suelen fallar contra el residente, por asumir unas capacidades no adquiridas y no poder evitar un resultado lesivo, que no se habría producido con la pericia del tutor no consultado.

- El MIR actúa más allá de sus funciones, sin supervisión: En este caso pueden darse dos situaciones:
  - Si el residente se extralimita y además no pudo consultar por no estar correctamente tutorizado, la responsabilidad recaería tanto sobre el residente como sobre el tutor.
  - Si el residente se extralimita y no puede consultar con el tutor por tratarse de una situación excepcional de urgencia, podría considerarse como estado de necesidad y darse por hecho que las consecuencias de no hacer nada serían claramente peores que hacerlo con impericia y sin supervisión. En este caso no cabría responsabilidad para ninguno.

Así pues, existen tres situaciones que dan lugar a responsabilidad del MIR<sup>5</sup>:

- Falta de vigilancia, asistencia o dirección del tutor: Da lugar a la llamada "*culpa in vigilando*" por parte del tutor (se responde por los actos de aquellas personas de quienes se debe responder, y no solo por actos u omisiones propios). Es decir, de los daños causados a un paciente responderá el médico tutor que haya infringido el deber de vigilancia y supervisión del MIR.
- Extralimitación: Puede ser por parte del:
  - Hospital o Sistema de Salud: Si obliga a realizar tareas a un MIR no adecuadas a su nivel formativo.
  - MIR: Si actúa por su propia cuenta. Éste responderá cuando se extralimite en sus funciones o cuando actúe independientemente sin pedir la ayuda del tutor o de otro médico especialista, excepto si se ha producido un "*estado de necesidad*" (el paciente está en riesgo vital y el MIR es el único médico disponible).
- Acción inexcusable o culpa grave del médico residente: El MIR debe actuar según la *lex artis ad hoc* (a lo que su ciencia, su arte, indiquen como adecuado en cada momento y circunstancia) y, por lo tanto, es responsable directo de la "*mala praxis*" que de sus actos se deriven, aunque haya actuado en una situación de urgencia.

Por otra parte, se tiene también en cuenta el llamado "*Criterio de Imputación Objetiva*"<sup>5</sup> que, en este caso, consiste en plantear la siguiente pregunta: "*¿Se hubiera producido el mismo resultado adverso si hubiera intervenido el tutor?*".

El MIR debe conocer sus limitaciones y actuar de acuerdo con las funciones que tiene encomendadas bajo la supervisión de su tutor, sin tener que llegar por ello a realizar «*medicina defensiva*» para no exponerse a reclamaciones. Además, es importante que anote en la historia clínica del paciente quién tutorizó la decisión terapéutica adoptada cuando se encuentre incapaz; cuando no tuvo dudas y no consultó al tutor, será el único responsable<sup>5</sup>.

Para que pueda realizarse una correcta determinación de la responsabilidad de un MIR, su grado de competencia debe estar establecido en función de su año de especialización.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Jefatura del Estado. BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 (última modificación: 28 de marzo de 2014). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21340&tn=1&p=20140328>
2. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015 (última actualización: 12 de marzo de 2019). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>
3. Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Ministerio de la Presidencia. BOE núm. 240, de 7 de octubre de 2006 (última actualización: 31 de marzo de 2017). Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-17498>
4. Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada. Ministerio de la Presidencia. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2008. p.10020-35.
5. Moreno Madrid F. Responsabilidad del Médico Interno Residente. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos; 2018.
6. Orden SCO/581/2008, de 22 de febrero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se fijan criterios generales relativos a la composición y funciones de las comisiones de docencia, a la figura del jefe de estudios de formación especializada y al nombramiento del tutor. Ministerio de Sanidad y Consumo. BOE núm. 56, de 5 de marzo de 2008. p. 13586-7. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-4321>
7. Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista. Ministerio de la Presidencia. BOE núm. 190, de 6 de agosto de 2014. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-8497-consolidado.pdf>

8. Decreto 14/2011, de 4 de febrero, por el que se regula la ordenación del Sistema de Formación Sanitaria Especializada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Consejería de Sanidad y Dependencia. DOE núm. 28, de 10 de febrero de 2011. p. 3591-612. Disponible en:  
<http://doe.juntaex.es/pdfs/doe/2011/280o/11040018.pdf>
9. Abreu González R. Responsabilidad jurídica del médico interno residente (MIR). Arch Soc Esp Oftalmol 2004;79(6):255-256. Disponible en:  
[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0365-66912004000600001&lng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-66912004000600001&lng=es)

**HISTORIA CLÍNICA:  
VULNERACIÓN DE LA INTIMIDAD DEL  
PACIENTE Y ACCESO INDEBIDO  
A SU CONFIDENCIALIDAD**

**Carlos López Bernáldez**

*Médico especialista en medicina familiar y comunitaria  
en el Centro de Salud Valdepasillas (Badajoz)*

*Profesor de la Facultad de Medicina de Badajoz.  
Universidad de Extremadura*

## INTRODUCCIÓN

En el año 1998 una película, *“Enemigo público”*, de Tony Scott lleva al límite el tema de la privacidad de los ciudadanos de a pie. Hoy, veinte años después, la frase *“La única privacidad que queda es la que está en nuestras mentes”* ensombrece la confianza en la confidencialidad de nuestros datos clínicos.

El artículo 15 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>1</sup> establece que todo paciente tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales.

La Historia Clínica de los pacientes está compuesta por datos sensibles y privados que están conectados al espacio virtual y que conviven en redes informáticas, algunas de ellas demasiado accesibles<sup>1</sup> y con pocas limitaciones en aras de la accesibilidad a los datos de la práctica clínica. Pero el hecho de que usemos medios digitales primando la accesibilidad a la privacidad para asegurar la atención a los pacientes no significa que esta no tenga valor, solo significa que la privacidad tiene nuevas condiciones sostenidas por la ley.

En la era digital la privacidad sigue siendo importante, cada individuo elige que quiere compartir y con quien, que no y en que situaciones. Aquello que compartimos o reservamos en la privacidad es de diferente significado, además, según la cultura de las personas<sup>2</sup>. *“La historia clínica es un documento privado de carácter confidencial al que solo puede acceder el personal directamente implicado en la atención al paciente, únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente, o en los casos previstos por la Ley”<sup>2</sup>.*

Intimidad, privacidad y confidencialidad son conceptos muy próximos, pero perfectamente diferenciables. El juez norteamericano Brandeis definió en 1928 el derecho a la intimidad como *“el derecho a ser dejado en paz”<sup>3</sup>.* *“La capacidad, amparada legalmente, de excluir de nuestro círculo a aquellas personas que deseemos que queden fuera de él”<sup>4</sup>.*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define:

- Por intimidad, se debe entender una *“zona espiritual íntima reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”<sup>5</sup>*, el derecho a la intimidad define que es privado y que no, dentro de la esfera personal.

- Por privacidad, se debe entender *“el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”*<sup>5</sup>. *“Podríamos concluir que los asuntos íntimos son privados, pero que no todos los asuntos privados son íntimos”*<sup>6</sup>.

Confidencialidad es la propiedad de la información, por la que se garantiza que está accesible únicamente a personal autorizado a acceder a dicha información, es un concepto esencial para la seguridad de la información.

En el acceso a la historia clínica, la violación a la intimidad es el acceso a la misma sin la autorización del titular y el quebrantamiento del deber de confidencialidad, una deficiente custodia de la historia clínica por parte del centro sanitario.

## MARCO LEGAL

- a. El artículo 18 de la Constitución Española<sup>7</sup> refiere que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho de todo ciudadano al control de sus propios datos su uso y destino y que la Ley limitará el uso de la informática (tratamiento automatizado de datos) para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos<sup>6</sup>.
- b. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>8</sup> (LGS), cuyo artículo 10 al regular los derechos de los usuarios, se refiere expresamente al respeto a la intimidad, a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso.
- c. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD)<sup>9</sup> y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto, 1720/2007, de 21 de diciembre.

El artículo 7.3 *«los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud, y a la vida sexual (están especialmente protegidos) y solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado lo consienta expresamente»*.

El artículo 7.6 *«podrán ser objeto de tratamiento los datos a los que se refiere el artículo 7.3 cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho trata-*

*miento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo o a una obligación equivalente de secreto» y también podrán ser objeto de tratamiento los datos de salud, «cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento».*

d. Artículo 199.2 del Código Penal<sup>10</sup>:

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses
2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

e. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

- Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de los derechos de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en la misma.
- En los supuestos de procedimientos administrativos de exigencia de responsabilidad patrimonial o en las denuncias previas a la formalización de un litigio sobre la asistencia sanitaria se permitirá que el paciente tenga acceso directo a la historia clínica, en la forma y con los requisitos que se regulen legal o reglamentariamente. También tendrán acceso a la historia clínica los órganos competentes para tramitar y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración sanitaria, así como la inspección sanitaria en el ejercicio de sus funciones.
- El acceso a la historia clínica con fines judiciales obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de modo que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente hubiera dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos

identificativos con los clínicos asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos en cada caso.

- El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.
  - El acceso por otras personas distintas al paciente a la información contenida en la historia clínica habrá de estar justificado por la atención sanitaria del mismo. En todo caso, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.
  - Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiera prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudiquen a terceros. Cualquier otra razón de carácter excepcional habrá de responder a un interés legítimo susceptible de protección y estar convenientemente motivada.
  - En todos los casos quedará plenamente garantizado el derecho del paciente a su intimidad personal y familiar, por lo que el personal que acceda a esta información guardará el correspondiente secreto profesional.
- f. A efectos penales, los Artículos 197 y 198 del Código Penal son los artículos que más tipifican los procesos judiciales relacionados con los accesos indebidos a las historias clínicas.
- Artículo 197
    1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de co-

rreo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Este es el tipo penal general, que ha de ser puesto en conexión los artículos de la Ley de Autonomía del Paciente que regulan el acceso autorizado a la HC. Junto con ese artículo, convive un subtipo agravado, el art. 198, que incrementa las penas cuando el infractor es funcionario público.

- Artículo 198.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

El artículo 24 del Código Penal según el cual se considera funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, y es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el derecho administrativo. En el derecho penal el concepto es más amplio, pues sus elementos son dos exclusivamente: el

relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera y, la participación en funciones públicas, con independencia pues de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia del cargo (STS 23.05.05), e incluso a la clase o tipo de función pública que se desempeñe.

Posteriormente, el mismo Código Penal, dice lo siguiente:

- Artículo 201.
  1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal
  2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.
  3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130.

Se podría pensar, a la vista del párrafo 3º que, si el paciente “*perdona*” al médico, este quedaría exonerado de responsabilidad. Sin embargo, en la práctica judicial, se niega esta posibilidad, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que en sentencia de 23 de septiembre de 2015 y las que la misma cita.

La disponibilidad sobre la acción penal o sobre la pena que supone el ejercicio del perdón se relaciona directamente con la necesidad de que, en los delitos en los que resulta relevante, el ejercicio de las acciones penales sea impulsado por el propio ofendido, por su representante legal o, en casos específicamente establecidos, por el Ministerio Fiscal. Con otras palabras, el perdón del ofendido no es contemplado por el legislador cuando se trata de delitos que afectan a intereses generales o a bienes jurídicos respecto de los que el ofendido no tiene una especial disponibilidad. Incluso, en ocasiones, aunque el inicio de la causa penal queda en manos del ofendido, una vez iniciada aquella, el eventual perdón del ofendido podría carecer de eficacia alguna. Por ello, aunque la generalidad de la redacción del artículo 201.3 pudiera inducir a confusión, y considerar que el perdón es efi-

caz en todos los delitos del capítulo, se ha excluido la posibilidad del perdón cuando el hecho afecte a intereses generales, casos en los que es preciso incluir aquellos previstos en el artículo 198, en los que el delito es cometido por una autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo, pues es claro que tal clase de conductas afectan a intereses generales concretados en la necesidad de un comportamiento correcto y respetuoso con las leyes por parte de los servidores públicos. Estas consideraciones explican también que cuando así ocurre no sea precisa la denuncia del agraviado o de su representante legal, según el artículo 201.2 del Código Penal.

- h. Acuerdo del Pleno de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, de 25 de octubre de 2016<sup>11</sup>, que aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en ciencias de la salud, en el apartado 10 se acordó esta publicación el 19 de enero de 2017

Protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud y cuyo ámbito de aplicación son los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud (SNS) y los centros y entidades privadas de carácter sanitario que, mediante concierto o bajo cualquier fórmula de gestión indirecta colaboren con el SNS en la asistencia, la docencia o la investigación, así como a otras entidades sanitarias privadas acreditadas para la formación en Ciencias de la Salud.

- g. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente<sup>1</sup> y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece en el artículo 7.1 que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada en la Ley.

Artículo 16. Usos de la historia clínica.

Artículo 16. [...] 3. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los

de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Asimismo, se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicos asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso. Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos. 4. El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

Establece además que las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso.

- h. Ley de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente (Ley 3/2005, de 8 de julio). Extremadura.

Artículo 10. Intimidad y confidencialidad de la información relacionada con la salud. Toda persona tiene derecho a que se respete su intimidad en las actuaciones sanitarias y a la confidencialidad de la información relacionada con su salud y estancias en centros sanitarios públicos o privados. Igualmente, tiene

derecho a que nadie pueda acceder a estos datos sin contar con su autorización, con las excepciones previstas en la presente Ley.

Asimismo, se reconocen y protegen el derecho de los usuarios a conocer la identidad y la misión de los profesionales que intervienen en la atención sanitaria y a que se le garantice la posibilidad de limitar la presencia de investigadores, estudiantes u otros profesionales que no tengan una responsabilidad directa en la atención.

A ser atendido en un medio que garantice la intimidad, dignidad, autonomía y seguridad de la persona, con especial respeto a la intimidad del cuerpo en las exploraciones, cuidados, actividades de higiene y demás actuaciones sanitarias.

A que le sean respetados sus valores morales y culturales, así como sus convicciones religiosas y filosóficas, con los límites previstos en la presente norma y en el resto del ordenamiento jurídico. La práctica que se derive del ejercicio de este derecho ha de ser compatible con el correcto ejercicio de la práctica médica y respetuoso con las normas de funcionamiento del centro.

A acceder a los datos personales obtenidos en la atención sanitaria y a conocer la información existente en registros o ficheros.

A que se limite, en los términos establecidos por la normativa vigente, la grabación y difusión de imágenes mediante fotografías, vídeos u otros medios que permitan su identificación como destinatarios de atenciones sanitarias, debiendo obtenerse para tales actuaciones, una vez explicados claramente los motivos de su realización y el ámbito de difusión, la previa y expresa autorización del afectado o de su representante.

Artículo 12. Confidencialidad de otros datos personales. Las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma de Extremadura vigilarán que todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios ubicados en su ámbito guarden la debida confidencialidad de los datos referidos a las creencias de los usuarios, a su filiación, opción sexual, al hecho de haber sido objeto de malos tratos y, en general, cuantos datos o informaciones puedan tener especial relevancia para la salvaguardia de la intimidad personal y familiar.

Lo previsto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la obligación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de comunicación y de-

nuncia en los supuestos previstos por la normativa aplicable, y especialmente en los casos de abusos, maltratos y vejaciones.

Artículo 14. Régimen de protección. Los datos personales a que se refiere este Título se someterán al régimen de protección establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la legislación básica estatal en materia de sanidad y demás normativa aplicable a los derechos de acceso, rectificación y cancelación y secreto profesional.

Todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley tienen la obligación de adoptar las medidas oportunas para garantizar los derechos regulados en este Título, elaborando, en su caso, normas y protocolos de carácter interno que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

- i. El Código de Deontología Médica en sus artículos 27 al 30 establece que *“El hecho de ser médico no autoriza a conocer la información confidencial de un paciente con el que no se tenga relación profesional”*. Que se velará por la separación de los datos clínicos y administrativos, acción necesaria para salvaguardar la intimidad de los pacientes en el tratamiento de los datos clínicos y para el acceso al historial por parte de estudiantes de medicina, así como el establecimiento de los controles necesarios para proteger la intimidad de los pacientes

*“El médico debe tener una justificación razonable para comunicar a otro médico información confidencial de sus pacientes”* y *“en el ejercicio de la medicina en equipo, cada médico tiene el deber y responsabilidad de preservar la confidencialidad del total de los datos conocidos del paciente”*.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. de 14 de noviembre. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>
2. Acceso a la historia clínica, no todo vale. Madrid; Consultora LOPD; 13 octubre 2019. Disponible en: <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2018/10/24/>
3. «The right to privacy»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis. María Nieves Saldaña. Revista Derecho Político, UNED. Núm. 85; 2012. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723>
4. De Lorenzo Abogados, Blog; Madrid; noviembre 2016; febrero 2019. Disponible en: <https://www.delorenzoabogados.es/blog/?m=201611>
5. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, noviembre de 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/>
6. Intimidad, privacidad y protección de datos de carácter personal. Baquia; Redacción de Baquía 2/3/2006. Disponible en: <https://www.baquia.com/emprendedores/intimidad-privacidad-y-proteccion-de-datos-de-caracter-personal>
7. La Constitución Española. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
8. Ley General de Sanidad. 25 abril 1986. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>
9. Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. 13 diciembre de 1999. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1999/BOE-A-1999-23750-consolidado.pdf>
10. Ley Orgánica del Código Penal. 23 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
11. Pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud. Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, Disponible en:  
<https://www.boe.es/boe/dias/2017/02/06/pdfs/BOE-A-2017-1200.pdf>

12. Ley de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente. 8 julio de 2005. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-13470-consolidado.pdf>
13. Código de Deontología Médica. Disponible en:  
[https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf)

**CONFLICTOS ENTRE EL MAP  
(MÉDICO DE ATENCIÓN PRIMARIA)  
Y OTROS ESPECIALISTAS EN TORNO AL  
DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE**

**Sara García Espada**

*Médico especialista en medicina familiar y comunitaria*

*112-UME Azuaga*

## DEBER DE INFORMAR

El ejercicio actual de la medicina requiere en multitud de ocasiones ser tratado por diferentes especialistas. Esta situación puede generar dudas en los facultativos a la hora de informar al paciente, de establecer qué médico es el responsable en cada momento del proceso asistencial. Ello unido al empoderamiento creciente del paciente y su autonomía hace necesario abordar el conflicto entre diferentes especialidades médicas entorno al deber de informar. En el inicio de este capítulo se tratará de acotar esta obligación del médico, pieza clave en la relación médico-paciente.

Nuestro *“Código de Deontología Médica”*<sup>1</sup> de 2011 en su artículo doce hace referencia a la autonomía del paciente *“el médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada... Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado... Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones”*. Y a su autonomía *“el médico respetará el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento. 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.”*

En ocasiones tendremos que informar de la situación clínica de pacientes incapacitados legalmente o a pacientes que su situación imposibilite la comprensión de la información y para ello el artículo trece de este mismo Código establece que deberemos *“informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. El médico deberá ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita”*.

Sumado al deber de informar, nuestro Código Deontológico establece como ha de darse la información. En el artículo 15 *“el médico informará al paciente de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Cuando la información incluya datos de gravedad o mal pronóstico se esforzará en transmitirla con delicadeza de manera que no perjudique al paciente”*. Así mismo determina a quien se debe informar *“directamente al paciente, a las personas por él designadas o a su representante legal”*. Y por último, este artículo recoge el derecho del paciente a no ser informado *“el médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica”*.

Por tanto, el deber de informar no debe ser automatizado ni burocrático, sino un *“acto clínico”* como queda contemplado en el artículo dieciséis. Y sin género de duda debe ser asumido por *“el médico responsable del proceso asistencial”*.

Todo médico es conocedor que el titular del derecho a la información es el paciente pero *“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”* como establece el artículo 5 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ley 41/2002, de 14 noviembre<sup>2</sup>. El consentimiento informado es el acto que eleva el respeto por la autonomía del paciente a su máxima expresión y lleva aparejado el deber de informar por parte del médico, ambos regulados en esta ley.

Así pues, antes de firmar el consentimiento informado, el paciente debe recibir en un lenguaje claro, comprensible, exhaustivo la información suficiente, correcta, veraz y leal que precise con el fin de entender lo siguiente:

- Consecuencias relevantes que la intervención origina.
- Riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente.
- Riesgos probables en condiciones normales.
- Contraindicaciones.

El deber de informar tiene como finalidad la capacidad del paciente de decidir y autorizar o denegar el consentimiento informado para una técnica o procedimiento que a juicio del médico, sería beneficioso en la situación clínica del paciente. Este consentimiento es habitualmente verbal, salvo aquellas situaciones que conlleven un riesgo significativo que en tal caso se hará por escrito. De uno u otro modo, siempre quedará reflejado en su historia clínica.

De nuevo tenemos que remitirnos a lo dictado en la Ley 41/2002<sup>2</sup>, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a partir de este momento nos referiremos a ella como Ley 41/2002. En su artículo ocho determina que *“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información”*. Igualmente determina que dicho consentimiento será de forma verbal y *“se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*. Por

último, pero de forma primordial establece que *“el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”*.

El derecho a no ser informado también está regulado por esta Ley 41/2002<sup>2</sup>, su artículo 9 establece que *“cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”*.

Hay circunstancias donde no es necesario el consentimiento previo del paciente y son:

- Ante una situación de riesgo para la salud pública: *“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”*.
- Paciente inconsciente o sin capacidad de comprensión, imposibilidad temporal o material de acudir familiares y que la demora para informar pueda causar lesiones graves e irreversibles. En estos casos prima la urgencia.

En los últimos años el deber de informar ha saltado a la prensa haciendo públicas situaciones conflictivas en la relación médico-paciente. Ejemplo de ello es lo publicado en el Diario Médico el cinco de diciembre de 2007 *“condenado un médico por no informar de la necesidad de hacer dos espermogramas. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha condenado a un médico por no haber informado a un hombre que se sometió a una vasectomía sobre la necesidad de realizar dos espermogramas con resultado de azoospermia para confirmar su esterilidad. Tras la intervención la esposa del paciente quedó embarazada y dio a luz a una niña”*

Diario de Mallorca 16 de agosto de 2011 *“Condenado un médico por no informar de los riesgos de una operación”*: la paciente se sometió a una intervención en la vesícula y el cirujano colocó mal un clip, provocándole a la mujer graves secuelas.

El médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria es la puerta de entrada a nuestro sistema de salud. A raíz de sus derivaciones a otros médicos especialistas surgen conflictos dado que los límites no son claros. Con la finalidad de acotar las funciones a cada una de las partes surgen los protocolos de derivación.

Buen ejemplo de ello la puesta en marcha en abril de 2015 en el Servicio Extremeño de Salud del programa de Detección Precoz del Cáncer Colorrectal. Dos años más tarde el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz hace pública

su postura frente a la duda que le expone un colegiado fruto del desacuerdo en relación a la firma del consentimiento informado que implica dicho programa. *Determinando “este Programa exige una intervención en dos fases: actuación del médico de Atención Primaria (Médico de Familia), al cual le compete informar sobre ... determinación de sangre oculta en heces. Para ello se hace obligado que además de la información genérica del Programa, el recabar el consentimiento del paciente para la realización de la SOH”* prosigue *“una vez en paciente acepte dicha derivación al Médico de digestivo o endoscopista, será este o estos los que tengan que informar específicamente acerca de la siguiente fase asistencial, que al parecer consiste en una prueba diagnóstica de endoscopia”*<sup>3</sup>. De esta manera no hay duda acerca de la firma de los consentimientos en cada momento del protocolo y el médico responsable siente el amparo del Colegio.

## CERTIFICADOS DE DEFUNCIÓN

El estamento judicial tiene un contacto estrecho con los médicos de familia ya que en muchos de los casos son los que rubrican los partes de lesiones y certificados médicos de defunción. Tanto es así que la segunda consulta genérica recurrente a la Asesoría Jurídica del icomBA es quién debe firmar el certificado de defunción y qué documentación se debe solicitar previamente a dicho acto. Por tanto, intentaremos aclarar de forma breve las incertidumbres que nos acechan ante un paciente fallecido.

Consultamos la estadística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Badajoz correspondiente al año 2018<sup>4</sup>. Detalla que de un total de 285 muertes judiciales únicamente 119 resultaron muertes violentas cuyo 95% corresponden a la suma de accidentales y suicidios (ahorcadura el mecanismo mayormente utilizado). Más del 50% es decir 166, fueron muertes naturales y por tanto lo idóneo hubiera sido firmar el certificado de defunción evitando su judicialización. De estas muertes naturales 151 se debieron a enfermedades del sistema circulatorio que a su vez es la causa de muerte que ocupa el primer puesto en los certificados de defunción.

Uno de los grandes temores del médico es certificar cuando no debe hacerlo, es decir, dar por muerte natural cuando no lo es. Es esta situación de inseguridad lo que aumenta el número de muertes judicializadas de forma innecesaria.

## RELACIÓN ENTRE EL MAP Y EL ESTAMENTO JUDICIAL

Mediante la cumplimentación del certificado médico de defunción (CMD) acatamos nuestras responsabilidades legales de dar fe de la muerte del paciente, causar baja del mismo en el Registro Civil y establecer la naturaleza de la muerte. Así como funciones científico-estadística aportando datos epidemiológicos de las causas de muerte y haciendo posible una mejor planificación de los recursos sanitarios y estrategias de abordaje de los principales problemas de salud de nuestra población

Son dos los requisitos indispensables para firmar el CMD: ser Titulado o Graduado en Medicina y estar colegiado. Dada las situaciones comprometidas en la atención de urgencias es conveniente clarificar que los médicos pertenecientes a los servicios de Urgencias y Emergencias tienen plena potestad para la firma de este documento. De igual modo los Médicos Internos Residentes pueden cumplimentarlo siempre a partir de su segundo año de residencia. Así como los médicos jubilados que mantienen su colegiación también pueden rubricar el documento.

En segundo lugar, debemos considerar ante qué tipo de muerte estamos. Es objeto de multitud de debates e incluso consulta recurrente en la Asesoría Jurídica de nuestro Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz cuándo debemos firmarlo y ante que situaciones estamos exentos.

Lo primero es determinar el tipo de muerte, es decir:

- Muerte natural: cuando supone el desenlace de una enfermedad previamente diagnosticada. Es el resultado de un proceso morboso donde no existe participación de fuerzas extrañas al organismo del fallecido. Dentro de este tipo de fallecimiento se incluye la muerte repentina que es aquella que como su nombre indica es rápida pero esperable dado los antecedentes del fallecido. Ninguna de las dos implica investigación judicial. Por tanto, en ambas el certificado de defunción es de obligado cumplimiento por el médico que asiste al paciente.
- Muerte súbita: es aquella no esperable. Es más conocida la muerte súbita en el lactante pero también acontece en adultos. En este caso y en el resto de tipos de muertes que vamos a especificar a continuación NO debemos cumplimentar el certificado de defunción pues es parte de un proceso judicial pero siempre realizaremos un informe de nuestra asistencia y notificaremos el suceso a la autoridad judicial.

- Muerte violenta: existe intervención de un mecanismo exógeno al sujeto, por tanto, puede derivar en responsabilidad de la persona o las personas que lo han originado. Evidenciamos signos externos de violencia. Aquí se incluyen las muertes accidentales, homicidas y suicidas.
- Muerte sospechosa de criminalidad: es un fallecimiento imprevisto que lleva consigo algún indicio que impide descartar su origen criminal y por tanto está bajo la sospecha de la duda. Ejemplo de ella sería un fallecimiento durante privación de libertad, enfermos mentales o custodiados.
- Ejemplo 1: Mujer de 74 años que cae al suelo en el transcurso de una procesión de S.S. La familia que la acompaña refiere que se llevó la mano al pecho y cayó desplomada. A nuestra llegada está en PCR. No responde a maniobras de RCP. En ese momento disponemos del DNI, no se evidencian signos de violencia y sus antecedentes médicos son que padece un angor inestable de 5 años de evolución y es portadora de dos stent. En este caso estaríamos ante una muerte natural repentina y deberíamos cumplimentar el Certificado Médico de Defunción.
- Ejemplo 2: Varón de 32 años que pierde el conocimiento mientras jugaba un partido de fútbol. A nuestra llegada paciente en PCR que está recibiendo RCP básica. No responde a RCP avanzada y se constata su fallecimiento en el mismo campo de fútbol. Disponemos del DNI, no existen signos de muerte violenta y nos hacen saber que el paciente no tiene ningún antecedente personal de enfermedad, hasta ese momento sano. Estaríamos ante una muerte súbita y por tanto no podríamos cumplimentar el CMD.
- Ejemplo 3: Nos avisan por un varón de 93 años que creen que ha fallecido de forma repentina mientras jugaba a las cartas. A nuestra llegada examinamos al paciente y confirmamos que presenta signos inequívocos de muerte reciente así como ausencia de indicios de muerte violenta o sospechosa de criminalidad. Disponemos del DNI, evidenciamos ausencia de señales de violencia externa y no tenemos constancia de antecedentes clínicos. Es un caso de muerte repentina donde sería procedente cumplimentar el CMD y como causa de la muerte pondríamos senilidad.
- Ejemplo 4: Varón de 24 años que es encontrado herido e inconsciente en una finca donde ejerce su trabajo habitual junto a un arma de fuego. A nuestra llegada presenta grave lesión craneal con pérdida de importante cantidad de masa encefálica. Lesión incompatible con la vida. Constatamos fallecimiento.

En ese momento no disponemos del DNI y conocemos que el paciente padece epilepsia y ha sufrido una meningoencefalitis tras vacunación en la infancia. Sería un caso evidente de muerte violenta vs sospechosa de criminalidad por tanto bajo ningún concepto podríamos cumplimentar el CMD pero es obligado por nuestra parte emitir un informe de asistencia.

A pesar de parecer sencillo establecer el fallecimiento de un sujeto si conocemos los signos inequívocos de muerte, en el año 2018 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias perteneciente al Ministerio del Interior publica un el anexo 1/2018, con asunto *“Actualización de aspectos médico-legales en Instituciones Penitenciarias. El diagnóstico de muerte”*<sup>5</sup> en respuesta a una situación comprometida que incluso ocupa titulares en prensa nacional. Los citados acontecimientos sucedieron en el Centro Penitenciario de Villabona (Asturias), tres médicos dieron por fallecido a un recluso y previamente a la autopsia se percataron que el paciente permanecía con vida, achacando el diagnóstico fallido de muerte a una grave hipotermia.

Debido a ello, en este anexo 1/2018 se establece *“en los casos de muerte súbita en un Centro Penitenciario en los que el cuerpo se encuentre a una temperatura inferior a 34º en el momento en el que el médico será requerido para establecer el diagnóstico de muerte clínica, deberá hacerse obligatoriamente un electrocardiograma o monitorización de la función cardíaca donde se objetive la ausencia de latido cardíaco”*.

Como se detalla en la Guía Práctica sobre CMD publicada por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz<sup>6</sup>, la cumplimentación de dicho documento es una obligación ética, legal y deontológica y además puede derivar una responsabilidad legal por:

- Acción: falseando datos o por mala praxis en la recogida de los mismos.
- Omisión: no cumplimentarlo cuando existe obligación de ello.
- Es infrecuente incurrir en responsabilidad si existe un error en la emisión del CD, salvo que sea un error intencional.
- *“Ningún juez podrá imputar a un médico que certifique una muerte como natural cuando en realidad se haya producida en otras circunstancias. Tampoco existe responsabilidad alguna si existe un error en el diagnóstico de la causa de la muerte, siempre que se haya actuado conforme a la lex artis”*.

Por tanto, a modo de conclusiones de esta segunda parte del capítulo, aclarar que previamente a la firma de un CMD hemos de considerar los siguientes puntos:

- Ante un fallecido imposible de identificar: debemos ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.
- Si no disponemos de los antecedentes personales: siempre que descartemos una m. violenta o sospechosa de criminalidad cumplimentaremos el CMD contemplando la causa más lógica del fallecimiento. Debemos tener en cuenta que si se cree puede ser relevante la causa de la muerte se puede solicitar autopsia clínica.
- En algunas ocasiones familiares o incluso los servicios funerarios nos solicitan la modificación de la hora del fallecimiento. Hemos de conocer que aceptar su petición supone un delito de falsedad documental. El Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Extremadura, en su artículo 39, establece en casos de conducción ordinaria, para la inhumación de un cadáver deben transcurrir entre 24-48h desde su fallecimiento.
- Si el fallecido es portador de marcapasos o prótesis debemos especificarlo en las observaciones del CMD y más aún si precisa incineración pues deben ser retirados previamente.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, elaborado por la Comisión Central de Deontología Médica y aprobado por la Asamblea General el 9 de julio de 2011.
2. 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 15/11/2002.
3. Hidalgo, P. Becerra, J.A. En: <https://www.combadajoz.com/imagenes/cargaweb/files/171616%20MEDICINA%20DE%20FAMILIA%20Y%20ENDOSCOPIA.pdf>. Consultado el uno de diciembre de 2019.
4. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Badajoz (2019). Memoria de actividades del año 2018.
5. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior. Anexo I-1/2018 Actualización de aspectos médico legales en Instituciones Penitenciarias. El diagnóstico de muerte. Consultado el uno de diciembre de 2019 en : <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=6654>.
6. Guía práctica sobre Certificados de Defunción. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz.

**RESPONSABILIDAD MÉDICA Y  
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE  
UN ERROR DIAGNÓSTICO EN OBSTETRICIA Y  
GINECOLOGÍA CON ESPECIAL IMPORTANCIA AL  
ANÁLISIS DE LA HISTORIA CLÍNICA**

**Francisco Solano López**

*FEA Servicio Obstetricia-ginecología. Hospital Materno-Infantil*

*Profesor asociado Facultad de Medicina de Badajoz.*

*Universidad de Extremadura*

Inicialmente el título de este capítulo incluye las tres palabras clave de todo el desarrollo: *“Responsabilidad, error diagnóstico e historia clínica”*<sup>1</sup> y todo ello en base a no olvidar que el 55% de los ginecólogos se ha visto envuelto alguna vez en un proceso judicial a lo largo de su trayectoria profesional.

Podemos definir Responsabilidad Profesional Médica<sup>2</sup> como la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e incluso involuntarios, dentro de ciertos límites cometidos en el ejercicio. Según el derecho sanitario existen 5 tipos de responsabilidad profesional médica: Penal, Civil, Disciplinaria, Deontológica (todas ellas de carácter individual) y Responsabilidad Patrimonial, de carácter institucional<sup>2,3</sup>. Hay que tener en cuenta cinco principios básicos muy sencillos en base al concepto de la responsabilidad profesional médica: 1. Que la relación Médico-Paciente no implica curación. 2. Que es una prestación de cuidados conforme a la ciencia en el momento de la prestación. 3. Que es obligación de Medios y no obligación de resultados 4. Que el fracaso o error no siempre es responsabilidad: La medicina no es ciencia exacta. 5. Se juzga la aplicación de conocimientos y medios en ese momento: Actualización del profesional.

La responsabilidad médica (RM) penal<sup>3,5</sup> incluye la posibilidad de comisión de delito o falta (infracción grave o leve) y la exigencia de una responsabilidad por imprudencia. La RM civil<sup>3,5</sup> en derecho sanitario generalmente implica indemnización. Puede ser una responsabilidad indemnizatoria solidaria (un profesional, varios, todos, empresa-clínica, admón. En la RM disciplinaria<sup>3,5</sup>. Es la encontrada en el ámbito de la función pública y para el personal estatutario de la SS, así como en el estatuto de los trabajadores. La RM deontológica<sup>3,5</sup> surge como consecuencia de la incorporación a un Colegio Médico, rigiéndose por sus disposiciones (Código de Deontología Médica y Guía de Ética Médica del icomBA). La RM patrimonial es una responsabilidad directa de la administración sin involucrar al profesional sanitario: *“Las administraciones públicas deben indemnizar cuando producen un daño con ocasión del funcionamiento (normal o anormal) del servicio público sanitario”*. Se excluye la fuerza mayor y los acontecimientos externos inevitables (por ejemplo, terremotos). No excluye casos fortuitos y acontecimiento internos imprevisibles (por ejemplo, la caída de un techo).

Para que haya algún tipo de Responsabilidad Médica y según sentencia 508/2008 de TS sala 1ª de lo Civil de 10 de junio de 2008 se requerirían diferentes condicionantes:

1º Acción omisión voluntaria, no intencional o maliciosa + 2º Actuación negligente que psicológicamente supone conducta indiferente ante los resultados de una actividad que comporta riesgo + 3º Violación del deber normativo que implica ausencia de cuidado respecto de una consulta aconsejable por normas de convivencia experimentalmente necesario o bien vulneradora de normas de rango reglamentario + 4º La producción de un daño o perjuicio + 5º Relación causa-efecto entre el acto u omisión y el resultado antijurídico ocasionado. Según esto y según STS, sala 2ª, de 8 de octubre de 1963 o la STS sala 2ª de 23 de febrero de 1979, *“El error en el diagnóstico por sí mismo no equivale a delito ni tampoco significaría siempre negligencia. Para que tenga consecuencias jurídicas será necesario que dicho error sea grosero o procedente de una inexcusable ignorancia del facultativo actuante”*.

Por otro lado, y al respecto de la historia clínica hemos de considerar que conceptualmente<sup>1</sup> es un conjunto de informaciones de los procesos asistenciales de cada paciente, redactada en su beneficio y que debe integrar la máxima información del mismo. Es posiblemente el documento más importante científico, técnico y jurídico que lleva a cabo el médico con evidente valor probatorio. En su tratamiento y uso confluye normativa de índole sanitaria, civil, deontológica, administrativa y penal.

La legislación por la que se rige la Historia Clínica sería: 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. Desarrollos regionales: Extremadura: Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. Artículo 15 del Código de Deontología Médica: Registro Actos Médicos en la Historia Clínica. Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre: Conjunto Mínimo de Datos de los Informes Clínicos del Sistema Nacional de Salud. Para que una Historia Clínica (HC) pueda cumplir con su cometido clínico y también judicial debe tener unas Características insustituibles (única y legible, respetuosa, completa, veraz, segura y confidencial, con datos ordenados y anotados en sucesión, con un soporte para historia clínica, con identificación del profesional y sin eliminar nunca las hojas escritas), así como tener también una Estructura (encabezamiento, antecedentes, estado actual, curso de la enfermedad, terminación, epicrisis y ¿necropsia?)<sup>5</sup>. En cuanto a los usos de una HC, su función principal es la asistencial, permitiendo la comunicación entre los profesionales que prestan asistencia al paciente; pero también otros como epidemiológicos, de salud pública, investigación, docentes y judiciales (Ley 41/2002 de 14 de nov.). Al respecto del acceso a la HC debe ser para los profesionales con el fin de la adecuada asistencia y solo para los profesionales con relación asistencial con el titular de la HC. El personal no sanitario solo acceso limi-

tado al objeto y contenido de su función. También tienen derecho para acceder a la HC el paciente titular de la HC, con derecho a copia, así como el representante del paciente y la autoridad judicial con posibles límites.

Con todo lo expuesto vamos a tener en cuenta 20 claves para afrontar la responsabilidad legal del ginecologo<sup>5</sup>

1. Historia clínica
2. Consentimiento informado
3. Secreto médico
4. Medios diagnósticos
5. Seguro responsabilidad civil
6. Delegación función
7. Revisión material
8. Formación médica continua
9. Protocolos-guías
10. Derechos del paciente
11. Aspectos legales diagnóstico prenatal
12. Detección precoz
13. Incidir antecedentes familiares
14. Planning adolescentes
15. Informar pros y contras planning irreversible.
16. Saber legalidad aborto
17. Informar ttos fertilidad.
18. Conocer puntos peligrosos proceso parto.
19. Individualizar riesgos terapia menopausia
20. Depresión postparto

1. Complimentar diligentemente la HC: Es un *"elemento de prueba"* con extraordinario valor jurídico. Por petición y orden judicial es la prueba material principal, o sea, el documento médico-legal fundamental. El incumplimiento y/o la no realización de la misma implicaría repercusiones negativas sobre el profesional: Mala praxis por no cumplir la normativa legal + Defecto de gestión del servicio clínico + ¿Perjuicio al paciente, institución, administración? + ¿Responsabilidad? + Riesgo médico-legal objetivo por carencia del elemento de prueba. Para evitar estas repercusiones y de modo esquemático tomaríamos como norma:

Anotaciones precisas – objetivas: hechos facticos / sin interpretaciones + incluir consentimientos – información: firmados + historia firmada + datar los actos al realizar → evita interpretaciones erróneas + conservación mínima 5 años (algunas comunidades 20 años) .

2. Obtener siempre el consentimiento informado<sup>7, 8</sup>: Su doble vertiente es la deber+derecho, el deber del médico y el derecho del paciente, sino .... ¿derecho indemnizatorio? Hay que incluir siempre la información de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos así como los riesgos, alternativas, etc. Debería ser siempre un proceso de decisión libre, sin coacción y con tiempo.
3. Respetar el secreto médico: De todo lo que llegue al conocimiento del médico: Lo confiado, lo visto, lo oído, lo comprendido, etc.....<sup>5</sup>. Hay que tener en cuenta que la relación médico-paciente se basa en la mutua confianza. Pero todo ello no afecta solo al profesional médico sino al resto de personal sanitario y no sanitario. No debemos olvidar una serie de particularidades del SM: Existiría su derogación si entra en juego un bien mayor (Enf. Infecciosas, reo inocente...) + El no deber de entregar la HC sin una motivación judicial suficiente + Extensión de todo lo anterior al total de pruebas (video, audio, teléfono, informática, publicaciones...).
4. Uso de todos los medios diagnósticos necesarios<sup>4,5</sup>: En el 16% de las reclamaciones por error diagnóstico existe falta de pruebas diagnósticas y es preciso recordar que el error diagnóstico no es punible si se ponen a disposición los medios necesarios (salvo negligencia o impericia médica en su uso).
5. Contratar un seguro de responsabilidad<sup>2,3,5</sup>: Una máxima a recordar: *“Reparar el daño causado”* = Principio de derecho de carácter universal. Hay que recordar que los Colegios Profesionales de una manera conjunta con las Compañías Aseguradoras ofrecen pólizas de R.C. ventajosas para sus colegiados y tampoco hay que olvidar que el artículo 1903 del Código Civil que dice que *“La obligación de reparar el daño causado es exigible a quienes deban responder por las personas que están bajo su dependencia laboral (empleados)”*.
6. Cautela con la delegación de funciones<sup>5,9,10</sup>:

Las superespecialización y el avance en la cirugía y en las ciencias conlleva la necesidad de formar *“equipos”* con la consiguiente dificultad en la delimitación de responsabilidades: Necesidad de crear la figura de *“Rector + División de tareas”*. Pero hay que saber distinguir la División Horizontal (similar nivel

formativo, como cirujano, anestesista, etc.: “Principio de confianza”) y la División Vertical (diferente nivel formativo como médico, enfermera, auxiliar: “Delegación de funciones”). Con este planteamiento y para evitar la extralimitación de funciones, es necesario tener en cuenta la Supervisión de Funciones, creando la figura de “rector, tutor, responsable, jefe jerárquico...”. Sólo podría contemplarse la extralimitación de funciones cuando el estado de necesidad lo justificase.

7. Revisión de material y aparataje<sup>5</sup>: La obligación del profesional de supervisar todo el material instrumental, instrumentos tecnológicos, aparatos instrumentales, etc. Hay que tener en cuenta la frecuente complejidad de parte del instrumental médico lo cual conlleva a conocer el adecuado funcionamiento y a la preparación del personal. Por otro lado, y con respecto a la cirugía, conviene recordar y utilizar sistemáticamente el recuento adecuado pre y postoperatorio del material, textil, el uso de marcadores radiopacos, marcadores externos.... Por último, conviene conocer y aplicar el “checklist” que las diferentes instituciones y administraciones para la seguridad quirúrgica del paciente.
8. Formación Médica Continuada<sup>4,5</sup>: El rápido avance de las ciencias médicas y los recursos limitados traen consigo cambios constantes en la estructura de la asistencia médica y las constantes actualizaciones de los profesionales. La no actualización-reciclado privaría al paciente de una curación más eficaz. Estas actualizaciones continuas son llevadas a cabo por las instituciones, la pertenencia a Sociedades Científicas y Organizaciones Profesionales.
9. Actuación según protocolos – Guías<sup>3,4,5,7</sup>: ¿Se ha realizado correctamente el acto sanitario según “Lex Artis”? Suelen ser las Facultades de Medicina y las Sociedades Médicas quienes sientan y actualizan los mismos. Estos protocolos son la “Referencia” para los jueces y tribunales: Si los informes médicos no vinculan al juez, sí lo hacen los protocolos. Aportan al juzgador gran ayuda, introduciendo elementos de certeza, seguridad y confianza. Si hubiera que desviarse del protocolo hay que reflejar en la historia clínica y el consentimiento las razones del porqué, de modo que raramente un médico será condenado por mala praxis si sigue rígidamente los protocolos.
10. Conocer los derechos de los pacientes<sup>4,5,7</sup>: El trabajo en equipo y la masificación de los hospitales ha traído consigo la reformulación de los derechos del paciente: Derechos Sociales (Igualdad de acceso, servicios disponibles,

no discriminación geográfica ni económica...) y Derechos Individuales (Integridad de la persona, dignidad, intimidad, convicciones religiosas...) cuya vulneración podría producir infracciones de tipo civil o penal del profesional sanitario. No debemos olvidar que todo esto ha traído consigo la “*cacería del médico*”, la “*judicialización*” de la práctica asistencial y la “*medicina defensiva*” y aceptar que el “*cambio cultural asistencial*” ha derivado en el derecho de autodeterminación, información, decisión, etc.

11. Conocer los aspectos legales del diagnóstico prenatal: Si realmente existiera una prueba “*gold standard*” para el diagnóstico prenatal (segura + precoz + no invasiva...etc) esta clave no sería precisa. No existe. Cualquier error en el diagnóstico prenatal podría traer múltiples consecuencias como minusvalías, hijos no deseados, mala calidad de vida de los recién nacidos, privación del derecho de abortar, etc.....considerándose todo ello como daño indemnizable. En este punto debemos recordar la posible responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria si no se aplicaron las técnicas adecuadas según *Lex Artis* o de una información defectuosa que no permitió un aborto en tiempo.
12. Detectar de forma precoz la patología mamaria:  

Aquí debemos pensar siempre en el “*diagnostico precoz*”, teniendo en cuenta los antecedentes familiares de la historia clínica, el agotar los medios diagnósticos disponibles y la utilización de campañas poblacionales. El diagnóstico tardío sería posible causa de indemnizaciones por daños y perjuicios y también indemnizaciones por daños morales. El uso de pruebas según *Lex Artis* + el consejo radiológico + la utilización de PAAF/BAG en las dudas serían las conductas adecuadas para minimizar la posible infra detección y ante la duda de (control semestral) VS (PAAF /BAG) es necesario individualizar el caso, consensuar con el paciente y seguir los protocolos adecuados.
13. Atención a los Antecedentes Familiares para posibles diagnósticos<sup>1,2,3,4,5</sup>: Nos lleva a pensar en la posibilidad de diferentes enfermedades como un carcinoma de mama, carcinoma de ovario, diabetes gestacional...y por tanto las anotaciones positivas o negativas en la historia clínica: “*prueba para el juzgador*”.
14. Información adecuada de adolescentes para la contracepción<sup>4,5,6,8</sup>: La legislación reconoce los derechos del adolescente en materia de sexualidad: ¿Informamos realmente a nuestros adolescentes?. La falta de información,

comunicación y formación sexual conlleva la aparición de embarazos no deseados y de ETS.

15. Información exhaustiva de los métodos contraceptivos irreversibles<sup>6,8</sup>: Debe quedar muy clara la irreversibilidad del método durante su oferta y el proceso previo y que sólo la FIV será la solución en caso de pareja y/o deseo gestacional nuevos. Con respecto al consentimiento informado debe ser muy clara su lectura, explicación y aceptación, quedando reflejado todo ello en la historia clínica. En caso de persona legalmente incapacitada psíquicamente debe ser siempre con dictamen y consentimiento del juez<sup>4</sup>.
16. Conocer los aspectos legales de la práctica del aborto en España: Sería legal si cumple unas de las tres condiciones<sup>4</sup>: Necesario para evitar grave peligro de salud física/psíquica de la gestante + dictamen previo; Consecuencia de delito + <12 semana+hecho denunciado previamente; Presunción de graves taras físicas/psíquicas fetales + < 22 semanas + 2 dictámenes de dos profesionales diferentes. Como condiciones para esto, sería preciso información adecuada y consentimiento informado escrito y firmado junto con una información oral clara además de un estudio médico-psicológico previo.
17. Asesorar adecuadamente sobre los nuevos tratamientos para la esterilidad: Ley 14 / 2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: España posee ley muy permisiva sobre todos los posibles casos y que regula la actuación de los profesionales<sup>3,5</sup>. Hay que informar siempre de los riesgos y con los consentimientos informados adecuados: Embarazo ectópico, embarazos múltiples, hiperestimulación ovárica....
18. Conocer los puntos peligrosos del proceso del parto.
19. Evaluar riesgos de la Terapia Hormonal Sustitutiva en la Menopausia: en primer lugar, no olvidar el aserto de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia: *“La THS sigue siendo el tratamiento más efectivo en la menopausia siempre que se haga un estudio exhaustivo e individualizado de la paciente”*. Condiciones a cumplir: individualización del tratamiento + controles anuales + < 5 años + menor dosis posible el menor tiempo posible.
20. Valorar el riesgo de depresión puerperal y su indemnización como daño moral:

El 50% de los casos de DP no son reconocidos, ni diagnosticados ni tratados y no piden ayuda porque son incapaces de reconocer que están mal<sup>5</sup>. La vi-

sión médico-legal sería la de que la falta de detección precoz traería consigo la exigencia de una satisfacción como compensación al sufrimiento: Indemnización compensatoria. Los antecedentes de la historia clínica y las visitas y conversaciones postparto justificarían la solicitud de consulta con la unidad de salud mental: Justificación ante posible reclamación judicial.

De todo lo dicho deberíamos extraer unas conclusiones prácticas en nuestro quehacer profesional diario cumpliendo a priori una serie de medidas:

No se trata de impedir las denuncias sino que sólo prosperen las mínimas + actuar siempre según protocolos y guías clínicas + completar exhaustivamente la historia clínica + obtener siempre el consentimiento informado + entrar de lleno en el proceso de formación continuada obligado en algunos países + no olvidar los derechos y autonomía del paciente que la ley les garantiza + buena compañía de seguros + buena abogacía especializada en derecho sanitario.

Por último, algunas reseñas históricas interesantes de consecuencias de mala praxis:

- En Roma el error médico era castigado con la muerte.
- En Grecia, Cauco, médico de Alejandro, fue crucificado porque su paciente Efeso no guardó la dieta.
- En el siglo XV la reina Astorgilda exigió que con ella se enterrara a sus dos médicos por no curarla.
- Código de Hammurabi (2400 años AC): El médico que produce la muerte de alguien libre, en el tratamiento se le amputaran las manos. *“Si quien muere es un esclavo, pagara el médico su precio”*.
- Los visigodos entregaban el médico a la familia del fallecido para que lo ajusticiaran como mejor entendieran.

## BIBLIOGRAFIA

1. Casado Blanco, M. Manual de documentos medico-legales. Ed. Grupo Ros- Consejería de Sanidad y Dependencia. Junta de Extremadura. 2008. Pp128, 131-132, 135-139, 151-156.
2. Izquierdo Gonzalez F, Mulá Rosias J.A., Problemas Juridicos en Obstetricia y Ginecología. SEGO, Marzo 2013. p 97
3. Izquierdo Gonzalez F, Zamarriego Moreno JJ. Aspectos Juridicos en Ginecología y Obstetricia. SEGO 2008. Pp 89, 65, 356, 79, 223-321, 395.
4. Gallo M, Fabre E, De Lorenzo R. Como evitar las demandas judiciales en Obstetricia y Ginecología. Ed. Amolca. 2013. Pp 55, 207, 29, 287-307.
5. Jausàs h, Colomer G, Duran A. 20 claves para afrontar la responsabilidad legal del ginecólogo. Ed. Medical Dosplus SL, 2008
6. Abellan-Garcia Sanchez F, Manual bioetico-legal de consultas en salud sexual y contracepción. SEC / EXELTIS 2016. pp 29-34
7. Bajo JM, Nuñez G, Martinez Pereda JM, Martinez L, Saez R, Zamarriego JJ, Izquierdo F, Aspectos jurídicos en el ejercicio de la Ginecología y Obstetricia. SEGO 2004, pp 13-17, 101.
8. Barrios Flores, LF. Anticoncepcion y derecho. You & Us SA, 2007. pp 41-48
9. Caballero Klink J, La responsabilidad jurídico penal en el equipo quirúrgico. Dialnet 2005, nº 205
10. Gómez Duran E L, Laila Vicens JM, Arimany Manso J. Clinical safety and professional responsibility in gynaecology and obstetrics. Rev Esp Med Legal. 2016, 42 (4) 133-135.

**PREVENCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS  
JURÍDICAS DE LA MEDICINA DE URGENCIAS  
POR DENUNCIA DE MALA PRÁXIS:  
EL POR QUÉ Y LAS CONSECUENCIAS**

**Demetrio Víctor Pérez Civantos**

*Médico Adjunto del Servicio de Medicina Intensiva.*

*Hospital Universitario de Badajoz*

*Profesor Asociado en Ciencias de la Salud. Facultad de Medicina.*

*Universidad de Extremadura*

## EL ERROR MÉDICO Y MALA PRÁCTICA

Los errores ocurren en todos los órdenes de la vida ya que forman parte de la condición humana. La persona que comete un error cree que su acción, su juicio o su hipótesis son correctos y, por lo tanto, continuará con esa creencia hasta que no se percate de ello. En ese momento podemos dar los pasos para corregirlo, pero en muchos casos el error es irreparable y entonces el único y necesario beneficio será la prevención de errores similares en el futuro<sup>1</sup>.

La medicina es una ciencia compleja y llena de incertidumbres, los errores ocurren muy frecuentemente y si bien sus consecuencias suelen ser menores, no raramente son graves y a veces catastróficas.

En la medicina moderna, lejos de disminuir –como podría presumirse– los errores se han mantenido o incluso han aumentado<sup>1</sup>.

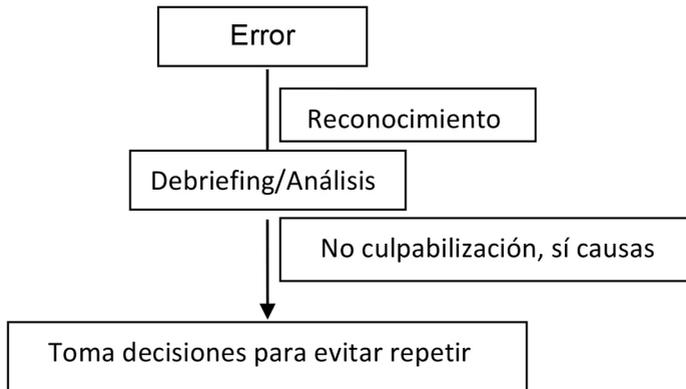
El tema de la seguridad del paciente ha obtenido un lugar especial en la presentación de tratamientos y en servicios de salud. Cada año, un número creciente de pacientes en todo el mundo se ven afectados por errores causados por la atención médica. Se han tomado diferentes medidas con respecto a la seguridad del paciente, y se han realizado progresos. Aun así, los errores siguen siendo inevitables y suceden en el área de la medicina<sup>1</sup>.

Esto tal vez se deba a que el médico se vuelve cada vez más dependiente de los estudios complementarios y confía poco en su juicio clínico, tiene menos tiempo para sus pacientes, no profundiza sus conocimientos, o todo esto a la vez.

Resulta imprescindible reforzar nuestra actitud crítica acerca de los errores que cometemos, aceptándolos y principalmente, aprovechando las experiencias de otros para aprender.

Esta actitud requiere como condición previa fundamental el admitir que uno se ha equivocado y discutir lo más ampliamente posible sobre los factores que pueden haber estado involucrados en el error.

La primera premisa para poder aprender del error es reconocerlo, analizar los motivos que abocaron al error, debatirlos y sentar unas premisas claras que se dirijan a evitar poder volver a caer en una situación parecida, evitar buscar culpables y sí buscar situaciones o actitudes que pueden conllevar a errores<sup>1</sup>.



Hoy en día existe una gran accesibilidad al nuevo conocimiento. Sin embargo, sería más importante ser permanentemente críticos con todo lo que se da por cierto. No hay certeza absoluta en prácticamente nada.

Durante mucho tiempo se supuso que el conocimiento científico crece por acumulación de nuevos hechos. Pero el saber crece principalmente mediante la identificación del error<sup>2</sup>.

## ERROR

Habitualmente definido como un acto no intencionado, por omisión o comisión, que es inadecuado para el efecto o resultado que se pretende.

Hay una tendencia a suponer que yatrogenia y error son sinónimos, aunque no es así, ya que muchos errores (la mayoría) no causan daño, que es el elemento que define a la yatrogenia<sup>3</sup>. No obstante, debemos tener en cuenta que un porcentaje muy alto de los actos yatrogénicos deriva de un error<sup>4</sup>.

## IMPORTANCIA Y MAGNITUD DEL PROBLEMA

En los últimos años se observa una tendencia, muy saludable, a comunicar más frecuentemente estudios referidos en especial a las causas y consecuencias del error médico<sup>3-22</sup>. La mayoría de los artículos se publican en revistas médicas prestigiosas. El BMJ editó en marzo de 2000<sup>23</sup> un número dedicado al error, algo inédito hasta ese momento e impensable un tiempo atrás.

Destacaremos algunos estudios relevantes, en cuanto a la magnitud del error en la práctica médica habitual:

- En Nueva York, usando datos de 1984 y otro en Colorado y Utah usando datos de 1992, encontraron que la proporción de pacientes ingresados que presentó efectos adversos, definidos como lesiones o daño por actuaciones médicas fue de 2.9 y 3.7 % respectivamente. La proporción de efectos adversos atribuida a errores (efectos adversos prevenibles) fue del 58% en Nueva York y 53% en Colorado y Utah. De estos casos definidos como errores, 14% fueron fatales<sup>24</sup>.

Eso significa, trasladado a toda la población, que en EE.UU, alrededor de 100.000-120.000 pacientes mueren anualmente por yatrogenia médica. En el estudio se pudo demostrar que el error fue la causa más frecuente del daño, ya que se detectó en el 58% de los pacientes afectados<sup>24</sup>.

- Estudios sobre datos de autopsia han observado tasas tan altas como el 35% al 40% de diagnósticos erróneos o no identificados, que causaron la muerte<sup>5,7,21</sup>.
- Los errores médicos son frecuentes en las Unidades de Cuidados Intensivos<sup>25-30</sup>, afectaron desde el 26.8<sup>26</sup> al 58%<sup>27</sup> de los pacientes, incluido un tercio de errores de medicación solos<sup>28</sup>, y pueden contribuir a la mortalidad<sup>25</sup>. Comprender los errores médicos es complejo e involucra al país (o sistema de salud), hospital, grupo (cultura de la UCI y otros factores de la Unidad) así como niveles individuales<sup>29</sup>. Estos sistemas multinivel explican la baja visibilidad de la relación causa-efecto entre el error y sus consecuencias y comprometen su posible prevención.
- Los médicos de urgencias y emergencias no son ajenos al error médico. Un estudio reciente en un frecuentado Servicio de Urgencias de un Hospital Universitario (SUH) identificó 18 errores por cada 100 pacientes atendidos<sup>31</sup>.

## ¿POR QUÉ ES TAN FRECUENTE EL ERROR?

Debido a la compleja naturaleza de la práctica médica, aún siendo los Médicos y Enfermeras entrenados para ser cuidadosos y tener un alto grado de eficiencia<sup>16, 22-24</sup>. El error está presente en todos los niveles, aún en los profesionales más capacitados y con mayores habilidades y conocimientos.

Posibles causas son:

1. Falta de información sobre la importancia del problema.
2. Para muchos el error no es considerado como parte de la actividad diaria y lo perciben como aislado, inusual y que le ocurre principalmente a los menos capaces.
3. Tendencia a minimizar el problema, ya que la mayoría de los errores no producen daño importante al paciente.
4. La razón más importante es que Médicos y Enfermeras tienen una gran dificultad en enfrentarse con el error humano. Estos son mal vistos y muchas veces castigados, ya que hay un énfasis muy importante en la perfección.

### **FACTORES DE RIESGO**

- El elevado número de consultas y/o prácticas.
- Los conflictos en la Relación Médico-Paciente-Familia.
- La documentación médica incompleta o adulterada, ausencia de diagnósticos diferenciales.
- Un resultado negativo con secuela de lesión y/o muerte.
- La falta de ética profesional, con comentarios adversos hacia otro colega o institución.

Debemos trabajar con medidas activas de prevención y disminución del riesgo, a través de:

- Formación y capacitación profesional.
- Protocolización de todos los Servicios Médicos.
- Comité médico legal preventivo y de **Seguridad del Paciente** (muy importante saber niveles de responsabilidad).

### **¿CÓMO PODEMOS MODIFICAR ESTA SITUACIÓN?**

El error raramente es admitido y discutido. Los médicos piensan, que admitir el error llevará a que los vigilen más o a que sus colegas piensen que son incompetentes o

descuidados. Para evitar esto es mejor ocultar el error o, si ello es imposible, tratar de buscar la responsabilidad en otro, incluso en el paciente.

Es necesario destacar que el impacto emocional que sufre un médico tras un error serio que produjo un daño grave o incluso la muerte es terrible y devastador.<sup>10,22,26-28</sup>

En general se produce un trastorno que es una combinación de miedo, culpa, humillación, vergüenza, rabia. De ahí el concepto que ante un error en medicina siempre hay al menos dos víctimas: el paciente y el profesional actuante.

Por otra parte, los problemas legales o de *“mala práctica”*, crean dificultades para que el error sea aceptado, aún cuando su ocultación, lejos de prevenir la demanda legal, puede incrementarla.<sup>29</sup>

No es frecuente que un paciente acepte o considere un hecho normal el error o la equivocación en su médico tratante. Sin embargo, la mayoría de los pacientes encuestados manifestaron su deseo que, de ocurrir algún error, ellos fueran informados.<sup>32-34</sup>

## ¿CÓMO SE PRODUCEN LOS ERRORES?

El desarrollo de las teorías y las investigaciones ha seguido dos caminos paralelos y entrecruzados:

- Los factores humanos.
- La psicología cognitiva.

Los factores humanos han sido estudiados especialmente por ingenieros en áreas tales como la aviación y el control de plantas nucleares.

James Reason, psicólogo de la Universidad de Cambridge<sup>35</sup> expuso una posición sobre el error humano cuyos principales puntos son los siguientes:

- Un primer proceso, llamado *“modo de control esquemático”*, explica que la mayoría de las funciones mentales son automáticas, rápidas y con poco esfuerzo del individuo. No toma conciencia de los cientos de maniobras y acciones (algunas complejas) efectuadas de forma automática.
- Una segunda forma, que funciona en conjunto con el anterior, se basa principalmente en las actividades cognitivas conscientes y controladas y se denomina *“modo de control atencional”*. Es empleado para resolver problemas. Este es lento, secuencial, esforzado y difícil de sostener.

Rasmussen y Jensen<sup>36</sup> describieron un modelo de actuación basado en la cognición, que tiene algunas diferencias con el anterior.

Ellos clasifican la actuación humana dentro de tres niveles:

- Nivel basado en las habilidades: sigue un patrón de pensamiento y acción dirigidos por instrucciones programadas, en gran medida inconscientes.
- Nivel basado en las reglas o normas: la solución a problemas comunes está controlada por reglas depositadas en nuestro proceso mental.
- Nivel basado en el conocimiento: es usado para situaciones nuevas, como resolver problemas no comunes, interpretar situaciones o textos. Este nivel requiere un proceso analítico consciente y conocimiento previo.

Cuanto más experto se es, el foco se mueve desde el nivel del conocimiento hacia el de las habilidades.

Un aspecto importante para la prevención de errores es que el ser humano prefiere el patrón de reconocer al de calcular, está fuertemente sesgado a buscar una *solución “ya empaquetada”*.

## **MECANISMO DE LOS ERRORES**

Los errores basados en las habilidades son errores de acción y dependen de un fallo en la actividad automática. Los errores en los niveles de las normas y del conocimiento son conscientes. Errores de acción son por déficit del control de la atención.

Existen varias formas y en general ocurren cuando se produce una *“ruptura”* de cierto acto rutinario, junto con una disminución de la atención. Hay una pérdida de tiempo, necesaria para chequear que algo cambió (habitualmente se dice *“actuó a destiempo”*). Es decir que el fallo (por supuesto inconsciente) está en el control.

Los errores en el control de la atención son muy frecuentes en la medicina y tienen varios factores que coadyuvan a incrementar su ocurrencia.

## **ERRORES BASADOS EN LAS REGLAS O NORMAS**

Usualmente ocurren cuando en la resolución de un problema una regla equivocada es la elegida, ya sea por una percepción errónea de la situación o por la aplicación

inadecuada de una regla que habitualmente empleamos y que en general *“funciona bien”*.

### **ERRORES BASADOS EN EL CONOCIMIENTO**

Son mucho más complejos, ya que el problema a resolver es una situación nueva, para la cual uno no dispone de una solución *“pre-programada”*. El error entonces surge por ignorancia (déficit de conocimiento) o por una interpretación inadecuada del problema. Ambas situaciones son frecuentes en medicina.

Los mecanismos de todos estos errores son múltiples. Uno de los procesos es la memoria sesgada, en donde la memoria está sesgada en forma polar: hacia un exceso de generalización. Otro mecanismo es la tendencia a usar la primera información que nos viene a la mente, sin evaluarla.

### **ERRORES LATENTES**

Muchos errores ocurren por problemas (a veces notorios), ya presentes en el diseño o en el sistema de control.<sup>37</sup>

Debemos enfatizar un concepto muy importante y básico: los accidentes raramente ocurren por un solo error y suelen ser la suma de errores latentes (del sistema) y errores activos (del ser humano).<sup>36</sup>

En septiembre de 2003, el Colegio Americano de Médicos de Emergencia aprobó una nueva declaración de política, titulada Divulgación de Errores Médicos, que dirige a los médicos de urgencias que encuentran un error y su deber de informar al paciente de inmediato sobre dicho error y sus consecuencias.<sup>38</sup>

### **PREVENCIÓN DE ERRORES**

La multiplicidad de mecanismos y causas, hacen que no haya normas universales para reducir errores. Crear un proceso seguro requiere atención a los métodos para disminuir errores en cada paso del sistema: diseño, construcción, mantenimiento, recursos, entrenamiento y desarrollo operacional de los procedimientos. Los aspectos más importantes son:

- Reconocer que los errores inevitablemente ocurrirán y planificar para cuando esto suceda.

- Disponer de mecanismos automáticos que detecten errores y los corrijan. Si no es posible la corrección, al menos la detección temprana.
- Disponer de monitorización con redundancia o multiplicación de los controles críticos (alarmas que suenan dos, tres o más veces).
- Tener normas que minimicen los errores. Se ha postulado<sup>39</sup> que tengan las siguientes características: a) Que sean simples; b) Que se diseñen funciones forzadas (donde es imposible o difícil hacer una acción sin haber dado el paso previo correctamente); c) Que los controles estén señalados mediante métodos visuales (pantallas, luces, etc); d) Que las operaciones sean fácilmente reversibles o difíciles de hacer cuando no son reversibles.

El entrenamiento debe incluir, más allá de conocimientos y habilidades, un especial énfasis en los temas de seguridad.

## **RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL**

La responsabilidad profesional obliga al médico a reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, cometidos en el ejercicio de su profesión y dentro de ciertos límites. La responsabilidad médica tiene dos vertientes:

- La responsabilidad civil: se fundamenta en la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios causados a las víctimas. Puede ser cubierta por un seguro de responsabilidad. Su consecuencia es la compensación económica del daño. Para exigirla sólo es preciso que se demuestre el daño producido.
- La responsabilidad penal: se fundamenta en la reparación de aquellas conductas médicas que, por su gravedad, se estiman merecedoras de una sanción penal. A diferencia de la anterior, es individual y personal. No es asegurable. Su consecuencia va desde la inhabilitación profesional hasta la privación de libertad. Es obligada la demostración de culpabilidad, por dolo o por imprudencia.

## **ALGUNAS CAUSAS DEL AUMENTO DE DEMANDAS POR ERROR Y/O MALA PRÁCTICA EN LOS SUH EN ESPAÑA**

La saturación de los SUH es un problema mundial de salud pública.

De acuerdo con un informe del *American College of Emergency Medicine*, en 2008, el hacinamiento o la saturación en el SU tiene lugar generalmente “cuando no queda espacio para cumplir con las necesidades o expectativas del próximo paciente que necesita atención urgente”.

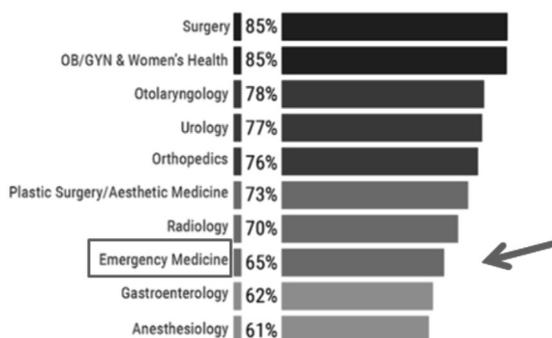
La causa más importante por la que ocurre es la imposibilidad o el bloqueo del ingreso de aquellos pacientes que, una vez valorados en el SU, necesitan una cama de hospitalización, y permanecen en este servicio durante periodos prolongados y de forma inadecuada.

La atención de urgencias en España aumentó casi 6 puntos porcentuales de 1996 a 2006.

### LA SITUACIÓN EN EE.UU.

En un informe presentado en los EE.UU. en 2017 sobre la situación de procesos judiciales por mala-práctica profesional contra médicos en ese país en una encuesta sobre más de 1.000 profesionales, se observó que un 48% se vio envuelto en un proceso de reclamación donde él estaba imputado entre otros profesionales. Un 13% de Médicos Especialistas respondió que había tenido como sujeto único un proceso de reclamación judicial (siendo el 11% en Atención Primaria).

Top 10 Specialties for Lawsuits



Las 10 Especialidades más demandadas en EE.UU. en 2017

### What Was the Reason for the Lawsuit?



El 58% de los facultativos respondió que se sorprendieron mucho cuando fueron notificados de la demanda judicial.

El principal motivo de la demanda fue fallo o retraso en el diagnóstico de la enfermedad o proceso, seguido de las complicaciones por cirugía o tratamiento.

Solo un 35% refería que hubo un incidente que fue el probable motivo de la demanda.

En casi un 70% de los casos el proceso duró en finalizar entre 1-5 años. En un 35% el caso no llegó a juicio, un 13% fue rechazada la demanda antes del juicio, en un 12% el médico fue absuelto, en un 30% se acordó entre las partes antes de llegar a juicio, otro 10% continuaba en litigio, en un 2-3% fue condenado el facultativo y en el resto el demandante rehusó continuar con la demanda.

En los casos donde el médico fue condenado el demandante recibió una compensación económica en el 96% de los casos.

A la pregunta si las organizaciones profesionales realizan esfuerzos por evitar las demandas a médicos el 42% respondió negativamente, un 24% dice que se habla mucho pero no se hace nada efectivo y un 31% dice que sí hacen cosas, pero es difícil el frenar las demandas.

De los encuestados que se han visto envueltos en una demanda, un 52% dice que se ven influenciados por esa experiencia a la hora de asistir a un paciente, los no envueltos responden un 40% estar influenciados.

En cuanto al género, el 50% de los encuestados que fueron encausados responden que son varones y 41% mujeres.

Curiosamente cuando fueron preguntados sobre su opinión sobre qué pensaban cuando conocían que un caso médico fue demandado judicialmente, el 64% contestó que los médicos son humanos y a veces cometen errores. El 62% manifestó que estos errores son muy raros y no deben dar mala publicidad a los médicos. El 41% respondió que algunos médicos son imprudentes e incompetentes y está bien que se les demande. El 8% decían que las demandas solo buscan sacar dinero a los profesionales.

### **¿CÓMO PREVENIR LAS DEMANDAS POR MALA PRAXIS?**

La gran mayoría de las reclamaciones no causarán al médico una pérdida económica, aunque le condenen por mala praxis en el ámbito de un procedimiento civil, si está adecuadamente cubierto por un seguro de responsabilidad profesional.

Estas pólizas de aseguramiento solo cubren la responsabilidad civil —es decir, el riesgo— que emana de sus actos imprudentes, pero no cuando el asegurado ha de responder por un acto doloso (mala fe), ya que incurre en responsabilidad penal. Por otra parte, cualquier acto médico realizado fuera del ámbito del centro sanitario público en el que trabaja el profesional, aún y siendo altruista, no estaría cubierto por el seguro de la institución.

Los médicos en ejercicio privado están obligados a suscribir una póliza de responsabilidad tal y como establece el artículo 46 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias 44/2003 de 21 de noviembre.

### **Comunicación:**

Un principio comúnmente aceptado es que los médicos que comunican bien con sus pacientes son los que menos reclamaciones tienen.

Una gran parte de las reclamaciones atribuyen al médico una falta de información que no permitió que el paciente pudiera negarse al procedimiento diagnóstico o terapéutico que presumiblemente ocasionó el daño o conocer los riesgos el mismo. La ley ampara al paciente al cual no se le ha permitido ejercer su derecho a la autonomía personal<sup>39</sup>. Por esta razón, en los litigios por presunta negligencia médica, cuando no se puede acreditar y documentar que esa información ha sido facilitada,

si no existe un Documento de Consentimiento Informado (DCI) suficiente, personalizado y explícito- la sentencia suele ser condenatoria para el médico.

En el DCI, además, deberían constar todos los factores particulares del paciente (antecedentes, edad, tratamientos, comorbilidad) que podrían modificar el riesgo estándar del acto médico propuesto<sup>42</sup>.

### **Seguimiento de las guías clínicas:**

La práctica médica se considera correcta cuando cumple la *lex artis*. Las guías clínicas, protocolos y documentos de consenso constituyen un magnífico ejemplo, de aquello que debe hacerse en un caso concreto.

### **Investigar si existen factores de riesgo:**

Siempre y sistemáticamente antes de un tratamiento o iniciar una exploración invasiva, el médico debería preguntar por la existencia de alergias a productos que pueden ser utilizados en su exploración como, por ejemplo, los contrastes iodados o los anestésicos locales, etc.

### **Documentación completa en la historia clínica:**

Conviene anotar en la historia clínica todo lo que se hace, propone o explica a un enfermo. Igualmente, los argumentos de por qué, en determinado caso, no se ha hecho lo que habitualmente se hubiera hecho normalmente o el motivo por el cual no se ha seguido estrictamente lo que se recomienda en la guía clínica. Actuar de esta forma, puede evitar que ante una reclamación. La historia clínica debe reflejar toda la actividad asistencial y es la garantía de esta<sup>42</sup>.

### **Hacer listas de verificación para comprobar el cumplimiento de las medidas de seguridad:**

El término anglosajón reconocido internacionalmente «*checklist*» (lista de verificación) de la industria aeronáutica se ha implantado en la práctica médica como un elemento de seguridad clínica. Antes de iniciar un procedimiento médico quirúrgico, vale la pena comprobar que en cada caso se cumplen todos los requisitos que, de acuerdo con las guías y protocolos clínicos.

**Evitar hablar mal de otros médicos:**

Criticar ante el enfermo las actuaciones o diagnósticos de otros profesionales que atendieron al paciente con anterioridad es una práctica deontológicamente reprochable, y a menudo, estos comentarios despectivos son el origen de una reclamación, y no permiten escuchar los razonamientos del médico al que se critica.

**¿CÓMO ACTUAR SI SE PRODUCE UNA COMPLICACIÓN O SE COMETE UN ERROR?**

- En relación a enfermos y familiares

Inmediatamente, cuando haya ocurrido un accidente o un efecto adverso grave, el médico debería dirigirse al paciente y/o familiares con una actitud empática y compasiva para dar las explicaciones correspondientes<sup>43</sup>. Conviene seguir las siguientes normas, además de tener muy en cuenta cómo se verbaliza esta información:

1. Lamentar profundamente que se haya producido la complicación.
2. Explicar con un lenguaje comprensible las razones que explican su aparición.
3. Evitar asumir la responsabilidad de un posible error propio o de otro colega<sup>44</sup>. Asegurarles que se revisarán exhaustivamente los hechos y se depurarán las responsabilidades pertinentes por parte de las correspondientes «Comisiones de morbimortalidad» o del «Comité de Ética Asistencial».
4. Asegurar que se aplicaran todas las medidas que sean necesarias para evitar que se repita el incidente y la voluntad de reparar los posibles problemas médicos y daños que hayan podido producirse en el paciente.

- En relación a la institución

Cuando tengamos la convicción de que ha cometido un error o de que se ha producido un accidente que puede tener consecuencias graves para la salud del paciente, se ha de comunicar de inmediato al superior (Jefe de Servicio o Director Médico).

- En relación a la compañía de seguros

1. Si se tiene consciencia de que se ha cometido un error y el médico prevé que será reclamado -incluso en el caso de no haber cometido ningún error, pero teme una reclamación. Informar preventivamente a la compañía de seguros.
2. Informar al jefe de servicio o responsable del centro, cuando sea el caso.
3. Anotar todo aquello que se recuerde sobre el incidente y tratar de documentarlo: qué, cuándo, cómo, con quién, dónde, por qué, etc.
4. Recoger toda la información -fotocopiando o escaneando la documentación si es posible-correspondiente a las anotaciones, órdenes, etc.

### **¿QUÉ HAY QUE HACER SI SE RECIBE UNA RECLAMACIÓN JUDICIAL?**

El médico que recibe una reclamación debe comunicarlo inmediatamente a su compañía de seguros.

En todos los casos, conviene seguir los siguientes consejos.<sup>45, 46</sup>

1. Evitar hablar con el abogado demandante. El contacto debe ser exclusivamente entre abogados.
2. No es conveniente hablar con el paciente o los familiares que nos han denunciado, aunque sean muy conocidos por parte del médico reclamado.
3. No es conveniente llegar a un acuerdo económico personal y unilateral sin la intervención de un letrado.
4. Conviene recoger toda la información del caso que sea posible y guardarla en un lugar bien seguro.
5. Nunca hay que alterar la historia clínica aunque parezca fácil o conveniente. Si se descubriera cualquier manipulación, se interpretaría como una prueba de culpabilidad y podría dar lugar a acciones penales por falsedad documental.
6. No se comentarán los detalles del incidente con nadie que no sea el propio abogado.

## CONCLUSIONES

El error en Medicina es frecuente y nadie está libre de él. Se recomienda seguir pautas y protocolos de actuación actualizados así como realizar y registrar una correcta historia clínica documentada incluyendo los diagnósticos diferenciales y resultados de pruebas complementarias. Realizar todas las consultas a compañeros especialistas y quedarlas documentadas. Una correcta y fluida información al paciente y/o familiares con un consentimiento informado firmado y personalizado. El médico no está obligado a resultados, pero sí a utilizar todos los medios disponibles adecuados a la situación clínica del paciente. No olvidar la premisa de *“El paciente adecuado en el lugar adecuado, a cargo de los profesionales adecuados y en el momento adecuado”*.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Ceriani Cernadas, JM . El error en medicina: reflexiones acerca de sus causas y sobre la necesidad de una actitud más crítica en nuestra profesión. *Arch Argent Pediatr* 2001; 99(6):522-529.
2. McIntyre N, Popper K. The critical attitude in medicine: the need for a new ethics. *Br Med J (Clin Res Ed)* 1983; 287:1919-23.
3. Lesar TS, Briceland LL, Delcoure K, Parmalee JC, Masta-Gornic V, Pohl H. Medication prescribing errors in a teaching hospital. *JAMA* 1990; 263(17):2329-34.
4. Brennan TA, Leape LL, Laird NM, Hebert L, Localio AR, Lawthers AG, et al. Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study I. *N Engl J Med* 1991; 324(6):370-6.
5. Goldman L, Sayson R, Robbins S, Cohn LH, Bettmann M, Weisberg M. The value of the autopsy in three medical eras. *N Engl J Med* 1983; 308(17):1000-5.
6. Folli HL, Poole RL, Benitz WE, Russo JC. Medication error prevention by clinical pharmacists in two children's hospitals. *Pediatrics* 1987; 79(5):718-22.
7. Anderson RE, Hill RB, Key CR. The sensitivity and specificity of clinical diagnostics during five decades. Toward an understanding of necessary fallibility. *JAMA* 1989; 261(11):1610-7.
8. Raju TN, Kecskes S, Thornton JP, Perry M, Feldman S. Medication errors in neonatal and paediatric intensive-care units. *Lancet* 1989; 2(8659):374-6.
9. Vincer MJ, Murray JM, Yuill A, Allen AC, Evans JR, Stinson DA. Drug errors and incidents in a neonatal intensive care unit. A quality assurance activity. *Am J Dis Child* 1989; 143:737-40.
10. Leape LL, Brennan TA, Laird N, Lawthers AG, Localio AR, Barnes BA, et al. The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II. *N Engl J Med* 1991; 324(6):377-84.
11. Wu AW, Folkman S, McPhee SJ, Lo B. Do house officers learn from their mistakes? *JAMA* 1991; 265(16):2089-94.
12. Bates DW, Cullen DJ, Laird N, Petersen LA, Small SD, Servi D, et al. Incidence of adverse drug events and potential adverse drug events. Implications for prevention. ADE Prevention Study Group. *JAMA* 1995; 274(1):29-34

13. Bates DW, Spell N, Cullen DJ, Burdick E, Laird N, Petersen LA, et al. The costs of adverse drug events in hospitalized patients. Adverse Drug Events Prevention Study Group. *JAMA* 1997; 277(4):307-11.
14. Leape LL, Woods DD, Hatlie MJ, Kizer KW, Schroeder SA, Lundberg GD. Promoting patient safety by preventing medical error. *JAMA* 1998; 280(16):1444-7.
15. Rowe C, Koren T, Koren G. Errors by paediatric residents in calculating drug doses. *Arch Dis Child* 1998; 79(1):56-8.
16. Berwick DM, Leape LL. Reducing errors in medicine. *BMJ* 1999; 319(7203):136-7.
17. Charatan F. Medical errors kill almost 100000 Americans a year. *BMJ* 1999; 319:1519.
18. Narayanan M, Schlueter M, Clyman RI. Incidence and outcome of a 10-fold indomethacin overdose in premature infants. *J Pediatr* 1999; 135:105-7.
19. Ross LM, Wallace J, Paton JY. Medication errors in a paediatric teaching hospital in the UK: five years operational experience. *Arch Dis Child* 2000; 83:492-7.
20. Vincent C, Neale G, Woloshynowych M. Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review. *BMJ* 2001; 322:517-9.
21. Cameron HM, McGoogan E. A prospective study of 1152 hospital autopsies: Inaccuracies in death certification. *J Pathol* 1981; 133(4):273-83.
22. Weingart SN, McL Wilson R, Gibberd RB, Harrison B. Epidemiology of medical error. *BMJ* 2000; 320:774-777.
23. Leape LL, Berwick DM. Safe health care: are we up to it? *BMJ* 2000; 320(7237):725-6.
24. *To Err is Human: Building a Safer Health System*. Institute of Medicine (US) Committee on Quality of Health Care in America; Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, Washington (DC): National Academies Press (US); 2000.
25. Alberti KG. Medical errors: a common problem. *BMJ* 2001; 322:501-2.
26. Garrouste-Orgeas M, Flaatten H, Moreno R. Flaatten, Rui Moreno. Understanding medical errors and adverse events in ICU patients. *Intensive Care Med* 2016; 42:107–109. DOI 10.1007/s00134-015-3968-x.

27. Garrouste-Orgeas M, Timsit JF, Vesin A, Schwebel C, Arnodo P, Lefrant JY, Souweine B, Tabah A, Charpentier J, Gontier O, Fieux F, Mourvillier B, Troche G, Reigner J, Dumay MF, Azoulay E, Reigner B, Carlet J, Soufir L. Selected medical errors in the intensive care unit: results of the IATROREF study: parts I and II. *Am J Respir Crit Care Med* 2010; 181:134–142.
28. Merino P, Alvarez J, Cruz Martin M, Alonso A, Gutierrez I. Adverse events in Spanish intensive care units: the SYREC study. *Int J Qual Health Care* 201; 224:105–113.
29. Valentin A, Capuzzo M, Guidet B, Moreno RP, Dolanski L, Bauer P, Metnitz PG. Patient safety in intensive care: results from the multinational sentinel events evaluation (SEE) study. *Intensive Care Med* 2006; 32:1591–1598.
30. Garrouste-Orgeas M, Valentin A. What's new for patient safety in the ICU? *Intensive Care Med* 2013; 39:1829–1831.
31. Moskop JC, Geiderman JM, Hobgood CD, Larkin GL. Emergency Physicians and Disclosure of Medical Errors. *Ann Emerg Med* 2006; 48 (1): 524-531.
32. Christie B. Patients asked to judge quality of care they receive in hospital. *BMJ* 1999; 319(7212):729.
33. Cleary PD. The increasing importance of patient surveys. Now that sound methods exist, patient surveys can facilitate improvement. *BMJ* 1999; 319:720-1.
34. Hingorani M, Wong T, Vafidis G. Patients' and doctors' attitudes to amount of information given after unintended injury during treatment: cross sectional, questionnaire survey. *BMJ* 1999; 318: 640-1.
35. Reason J. *Human error*. New York: Cambridge University Press, 1990.
36. Rasmussen J, Jensen A. Mental procedures in real life tasks: a case study of electronic trouble shooting. *Ergonomics* 1974; 17(3):293-307.
37. Reason J. *Human error: models and management*. *BMJ* 2000; 320:768-70.
38. Disclosure of Medical Errors. American College of Emergency Physicians. Approved September 2.003.
39. Bruguera M, Arimany J, Bruguera R, et al. Guía para prevenir las reclamaciones por presunta mala praxis médica, de cómo actuar cuando se producen y cómo defenderse judicialmente. *Rev Clin Esp* 2012; 212:198-205.

40. Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 de 14 de Noviembre. BOE 274 de 15.11.2002.
41. Quadern de Bona Pràctica nº25. El consentiment Informat. La presa de decision individualizda del pacient. COMB, Barcelona 2.008.
42. Quadern de Bona Pràctica nº4. Finalitat y ùs de la historia clínica. COMB, Barcelona 1.994.
43. Feinman J. You can say sorry. *BMJ* 2009; 339: 482-3.
44. Gallagher TH, Waterman AD, Ebers AG, Fraser VJ, Levinson W. Patients' and physicians' attitudes regarding the disclosure of medical errors. *JAMA* 2003; 289:1001-7.
45. National Patient Safety Agency, NHS. What to do if things go wrong: a guide for junior doctors. June 2.010.
46. Charles SC. Coping with a medical malpractice suit. *West J Med* 2001; 174: 55-58.
47. Garrouste-Orgeas M, Perrin M, Soufir L, Vesin A, Blot F, Maxime V, Beuret P, Troche G, Klouche K, Argaud L, Azoulay E, Timsit JF (2015) The IATROREF study: medical errors are associated with symptoms of depression in ICU staff but not burnout or safety culture. *Intensive Care Med* 41:273–284
48. Valentin A, Capuzzo M, Guidet B, Moreno R, Metnitz B, Bauer P, Metnitz P (2009) Errors in administration of parenteral drugs in intensive care units: multinational prospective study. *BMJ* 338:b814.
49. James JT (2013) A new, evidence-based estimate of patient harms associated with hospital care. *J Patient Saf* 9:122–128.
50. Merino P, Alvarez J, Cruz Martin M, Alonso A, Gutierrez I (2012) Adverse events in Spanish intensive care units: the SYREC study. *Int J Qual Health Care* 24:105–113.

# **EL SECRETO MÉDICO EN SU DIMENSIÓN JURÍDICO PENAL**

**Patricia Galán Álvarez**

*Fiscal de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz*

## INTRODUCCIÓN

Para poder hablar de secreto médico, debemos hacer una primera mención a la intimidad de las personas y a la confidencialidad, los cuales son conceptos vinculados entre sí pero claramente distintos.

La intimidad, o mejor dicho el derecho a la intimidad, viene configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental consagrado en el artículo 18 de la carta magna. Es la zona espiritual e íntima de las personas dignas de protección al más alto nivel frente a intrusiones llevadas a cabo por terceros ajenos y comprende diversos ámbitos de relevante sensibilidad para ser humano, como son las relaciones afectivas, comportamiento sexual, convicciones religiosas, políticas, raza etc, así como, los datos propios de la salud de individuo.

Por otro lado el término “*confidencialidad*” designa la obligación de quienes, por razón de su profesión, entran en conocimiento de datos que afectan a la intimidad de las personas . Identifica obligación de guardar secreto sobre los contenidos que bajo ella se ampara.

En nuestro caso, del secreto médico, vincula a cuantos facultativos y profesionales sanitarios, tienen acceso, por razón de su oficio al conocimiento de circunstancias relativas a la salud de las personas.

En la actualidad, resulta más apropiado hablar de confidencialidad, dado que un mismo paciente puede ser tratado por varios profesionales sanitarios.

## DIMENSIÓN JURÍDICO PENAL

Partiendo de lo dicho, podemos afirmar que el derecho al secreto de los datos personales es un atributo de la personalidad cuya protección emana del derecho a la intimidad personal y familiar de las personas, incluso de su propia imagen, del modo que sanciona nuestro texto constitucional en el Art. 18 otorgándole en su calidad de derecho fundamental de las personas la mayor protección y el máximo calado jurídico.

De esta consideración de sustancial importancia emana su dimensión jurídico penal en la medida en que como bien jurídico protegido digno de tutela el legislador decide elevar a rango delictivo determinadas conductas que vulneran esa protección constitucional de la intimidad personal y por ende del derecho al secreto por parte de

su titular del ámbito de su privacidad y de aquellos datos personales e intransferibles que no desea o no deben ser conocidos por terceras personas.

Estas afirmaciones en su vertiente constitucional han sido notablemente consolidadas por el propio Tribunal Constitucional, quien en diversas resoluciones (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre otras muchas) ha incidido en que la idea de secreto en el art. 197,1º Código Penal (en adelante, CP) resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese *“ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”*.

Por ello en el código penal dentro del Título X de su Libro 2º y en su Capítulo I se regulan los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y en el ámbito de esta protección penal de la privacidad personal se detallan hasta 9 tipos penales que inciden en diversas maneras y circunstancias donde se procede a la vulneración de ese derecho personal e intransferible que representa la intimidad y la confidencialidad de los datos personales. Teniendo presente, que los datos concernientes a la salud de las personas están dotado de un plus de protección en la medida en que son datos sensible o como algunos autores denominan *“datos que pertenecen al núcleo duro de la intimidad”*.

Por ello, el primero de los preceptos en su **Art 197** establece:

1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*
2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

De estas modalidades es preciso significar tres importantes acotaciones, la primera es que no cabe una imputación a título de culpa o imprudencia, ya que las figuras

tienen una estructura claramente dolosa o intencionada, la segunda es que la brevedad y puntualidad en el acceso por parte del autor, así como la valoración de tiempo, lugar y circunstancias van a influir en la decisión de los Tribunales como luego veremos, y en tercer lugar y finalmente tal y como se recoge en la **STS de 30 de diciembre de 2009** *“los delitos recogidos en el 2º apartado del artículo 197, tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado 1º: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.”*

En los apartados siguientes de este precepto se contienen agravaciones de la pena y cualificaciones cuando hay difusión o cesión de los datos, cuando no se ha participado de modo directo pero se sabe del origen ilícito del acceso y utiliza los datos conseguidos, se eleva la pena a los responsables de los ficheros y archivos, e igualmente se expresa que las penas se impondrán en el grado superior cuando los datos personales objeto del delito afecten, entre otras circunstancias, a la salud de las personas y también mayor pena si la actividad se realiza con fines lucrativos ( apartados 3, 4, 5 y 6 ).

Tras la **LO de 30 de Marzo del 2.015 de reforma del CP** se han añadido un nuevos preceptos que igualmente tiene incidencia en las vulneraciones del secreto médico, Art 197 bis al quinqués . En concretos se castigas los supuesto vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo y el que no realiza personalmente las conductas delictivas pero facilita a tercero para que realice los delitos proporcionando un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema (art 197 bis y ter). Así como se elevan las penas en el supuesto de organización criminal (art 197 quater).

Como novedad se contempla por primera vez en nuestra legislación penal que estos delitos -de descubrimiento y revelación de secretos- se puedan cometer por una persona jurídica responsable en cuyo caso la penas es de multa de 6 meses a 2 años, pero además con posibilidades de imposición judicial de medidas (entre otras) tan drásticas y terminantes como la disolución de la persona jurídica, la clausura de sus

locales, la inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas o la intervención judicial de la organización de la persona jurídica.

Ello obliga inexcusablemente a una reflexión en cuanto a la posible afectación de este tipo penal a personas jurídico- públicas o de naturaleza mixta, como son los colegios profesionales, entre ellos los Colegios de Médicos.

En cuanto a la posibilidad de comisión delictiva por arte de los colegios profesionales, la respuesta podría ser afirmativa al amparo de la nueva regulación del **Art 31bis del CP**, especialmente en las omisiones e infracciones de los deberes de gestión, vigilancia, supervisión y control a fin de evitar las figuras delictivas, y ello obliga a los Colegios Profesionales (incluido los de Médicos) al estar muy atentos y vigilantes en disciplinar unas medidas de seguridad eficaces y en la realización también, de una supervisión informática adecuada de sus Bases de Datos que contengan elementos personales y sensibles, así como en la elección del personal responsable y eficaz que asegure la confidencialidad y el buen uso de todos los datos de carácter personal que manejan estos Colegios Profesionales.

En el **Art 198 del CP**, se castiga también en el grado superior de la pena y con una inhabilitación que puede llegar a 12 años *a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleciendo de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior.*

Este precepto tiene una significación importante, pues sitúa el plano de mayor reproche al culpable en el hecho de que por razón de las facultades de su cargo tiene la ventaja sobre los demás facultativos o personal sanitario de poseer mayor facilidad en el acceso a programas, historias clínicas o bases de datos a las que no tendría acceso, si no fuera precisamente por el cargo que le habilita para cometer el delito con mayor impunidad.

Aparte de estas figuras penales que hemos relatado y que inciden de manera directa en la vulneración del secreto médico, sin duda la de mayor calado o de carácter más genuino es la atinente al tipo del **Art 199 del CP** cuando expresa:

El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro

años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Es evidente que el facultativo y el personal sanitario tienen un deber máximo de reserva y sigilo que ínsitamente se traduce en el marco obligacional de carácter profesional que se contiene en el art 27 Código Deontológico de la Profesión Médica de Julio del año 2.011.

Ahora bien, todo lo que hasta aquí hemos mencionado, es objeto de una matización de suma importancia en el propio código penal, y es que en el **Art 201** se significa:

1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo **será necesaria denuncia** de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también **podrá denunciar el Ministerio Fiscal**.
2. **No será precisa la denuncia exigida** en el apartado anterior para proceder por **los hechos descritos en el artículo 198** de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.
3. El **perdón del ofendido o de su representante legal**, en su caso, **extingue la acción penal** sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.

Esta triple observación viene inducida sin duda por el carácter privado y de libre disposición que subyace en la legislación constitucional y ordinaria sobre el uso de los datos personales, lo que deja en manos del titular agredido el ejercicio de la acción penal, con la excepción de la prevalencia del cargo público, en cuyo caso la intromisión ilegítima en los datos privados tiene un reproche punitivo por la transgresión del correcto deber público del cargo, ajeno a otras consideraciones de carácter personal.

## RESEÑA JURISPRUDENCIAL

Realizadas todas estas consideraciones de orden técnico-legal, vamos a pasar al catálogo y comentario de una reseña jurisprudencial centrada en la vulneración del secreto por parte de los profesionales sanitarios.

En primer lugar, destacamos la **(STS. Sala 2ª – 4/Abril/2.001)**

*«El relato fáctico declara, en síntesis, que la acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación Provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales, para prestar asistencia neurológica a una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, “como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales de embarazo, circunstancia ésta que fue manifestada a su madre la que, a la primera ocasión, en el pueblo, lo comunicó a la hermana (...)”*

El motivo se estima. El hecho probado es subsumible en el **art. 199.2 del CP**. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas.

Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es, que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, cuyo art. 10.3-EDL1986/10228- establece el derecho de los ciudadanos tienen derecho “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias” y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben “quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica” (art. 6.1-EDL1986/10228-). En este sentido, la STC 37/1989-EDJ1989/1607-.

La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas, toda vez que la lesión al bien jurídico *intimidad* se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (TC S 28 Feb. 1994-EDJ1994/1755-).

Igualmente es importante apreciar que la sentencia precisa entre otras consideraciones en otras consideraciones lo siguiente: *“La Sala no comparte el criterio que afirma la sentencia impugnada en el que refiere que la conducta de divulgar no tiene relevancia penal al no tratarse “más que de simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón”. Y no se comparte porque la afirmación frivoliza sobre sentimientos de forma no ajustada a la realidad. La divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto».*

En el reseñado **ámbito penal**, los comportamientos indebidos de acceso ilegítimo a la HC de una persona con finalidades torticeras y para uso propio en perjuicio del paciente se sancionan desde la perspectiva de la comisión de un delito de revelación de secretos como sucede en la **sentencia de Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 7ª, S 7-12-2011, nº 76/2011, Rec. 6122/2011**, que básicamente se contrae a una condena a una Administrativa del Hospital Virgen Macarena de Sevilla que accede a la HC de su marido para luego alegarla en un Escrito de Defensa, donde ella era acusada de un delito de Malos Tratos familiares supuestamente inferidos a su marido y acusada por el Art 153.2 del c.p. Recordemos previamente que nos dice el Código penal a propósito del delito de descubrimiento y revelación de secretos (que por cierto fue modificado por la LO de Junio del 2.010) .

La sentencia **es interesante por dos cuestiones**: La primera es que la Sala no condena a la administrativa que accede a la HC de su marido por el párrafo 5 (expresado anteriormente), y no le aplica esa cualificación ya que dice textualmente a estos efectos: *“es sabido **que prevalerse supone el aprovechamiento de la función que se realiza para cometer un hecho delictivo con mayor facilidad, sin que se trate de una agravación especial anudada a la función pública, puesto que cualquier servidor público puede cometer cualquier clase de delitos en los que resulta irrelevante su conducción de ejercicio de función pública.** De otra parte, aunque en el ejercicio de sus tareas como administrativa (desde marzo de 2006 secretaria de la Subdirección Médica de Calidad) en el hospital Virgen Macarena”* de Sevilla, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, podía solicitar al archivo listados de historias clínicas para revisión (ver folio 35 del procedimiento abreviado) por indicación de sus superiores, no consta indubitadamente que lo hiciera en relación con la de autos. Por último, como se anunció y se explicará más adelante, no hay constancia fehaciente de que para hacerse con la documentación accediese personalmente por otra vía al registro sanitario donde se custodiaba (archivos del hospital).

Es decir, que no basta la mera condición de Administrativa de la responsable del delito para cualificar su conducta, sino que será necesaria una prueba concluyente del acceso de la misma, pero —ojo—, en sentido adverso, la Sala, en nuestra opinión de modo inteligente y acertado, valora el dato de que, aunque no se haya demostrado a ciencia cierta la autoría material del acceso al archivo de la HC, la mujer responde pues al margen de reafirmar el carácter reservado de los datos de la salud de su marido, como de modo ilustrativo señala la sentencia *“con independencia de que no hay en verdad una prueba directa de que la acusada se apoderó materialmente de los controvertidos documentos, es inferencia razonable que de haber sido otra persona, actuó de consuno con ella, la única beneficiaria de la obtención de los mismos visto el destino que se les dio, lo que de por sí supone ya por parte de la inculpada un uso ilegal y espurio del historial clínico de su y exmarido”*.

También en sentido condenatorio resulta interesante la **sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de Octubre del 2.011 Sec. 1º, S 4-10-2011, nº 507/2011, Rec. 4/2011** en la que se condena a una enfermera que con ánimo de proteger a su hermana y a los hijos de ésta, accedió a la HC de la mujer pareja actual del exmarido de su hermana y que presentaba importantes problemas psiquiátricos con intentos de suicidio, y lógicamente le preocupaba la situación de sus sobrinos, cuando el padre ejercía el régimen de visitas acompañado de esa mujer, desvelando precisamente la problemática de salud de esa persona cuando su hermana intentaba modificar judicialmente a su favor el régimen de visitas. La Sala que también condena por el **Art 197** utiliza el párrafo 3º que no enunciamos antes y que dice: **3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.** Y además le aplica la agravación del párrafo 5º, que en la otra sentencia no hizo uso la Sala, ya que aquí **si estima que la enfermera se prevale de su condición pública como persona responsable de esos ficheros.** Lo que ocurre es que la Sala, sin estimar la Eximente de Estado de Necesidad que alegaba la Defensa, si le aplica a la responsable del delito como cualificada la Atenuante del Art 21.7 en relación con el nº 3 del propio Art 21, es decir la **atenuante analógica de estado pasional**, es decir que su inteligencia y voluntad estaban francamente afectada por la preocupación de la situación de su hermana y sus sobrinos ante la convivencia con una persona que había tenido problemas psiquiátricos.

Muy interesante, pero **con sentido absolutorio es la ST del TS de 30 de Diciembre del 2.009 Sala 2ª nº 1328/2009, Rec. 1142/2009** que **anula** una grave sentencia condenatoria anterior **de la AP de Baleares de 11 de Febrero del 2.009**, por el que se había condenado a un médico por un delito continuado de acceso a la HC de un paciente también médico a la pena de 3 años y 3 meses de prisión, y 9 años de inhabilitación absoluta para empleo o cargo público, mediante un uso indebido del programa informático, de manera que consiguió enterarse quién era el médico de cabecera del paciente.

Razona la Sala que el hecho de que el acusado únicamente se haya enterado de ese dato (el nombre del médico que atendía al paciente), tiene para el hombre medio escasa relevancia jurídica, ya que en general es de fácil acceso y en muchos casos de público conocimiento, careciendo sin más de posible perjuicio para el paciente. No olvidemos en tal sentido, que al margen de discusiones doctrinales y jurisprudencial al caso, el bien jurídico protegido en el tipo penal, es la intimidad individual, y que el tipo penal del Art 197 exige al final de su nº 2 que la utilización o apoderamiento de algún dato debe ser en perjuicio del titular del dato o de un tercero. Y señala también que el apoderamiento y el acceso a la HC, **deben conllevar un perjuicio en aquellos datos que no son sensibles** como es este caso, en que el acceso era limitado al nombre del médico de cabecera, pero si se trata de un dato sensible (que entendemos que en la HC son la mayoría de los mismos), el TS deja claro que se castigaría como delito el mero acceso, pues el perjuicio al titular ciertamente ya lo infringe la persona que indebidamente accede a esos datos de la HC sin estar autorizada. Obviamente con mucho más motivo la utilización o modificación de cualquier dato de la HC.

Es preciso consignar, que en realidad en los accesos indebidos a la HC, el precepto que realmente **entra en juego es el nº 2 del Art 197** (a menudo con la aplicación de los números 5 y 6 de ese precepto), y que precisamente el nº 2 como tipo básico expresa **“datos reservados”**. No olvidemos, que los tipos penales por imperativo legal son de interpretación estricta, y las palabras que definen un delito nunca tienen interpretación extensiva, por lo que “reservado” en gran medida gramaticalmente tiene un componente de sensibilidad, y de protección frente a lo que es público o de fácil conocimiento. Por ello **la AP de Navarra en ST de 20 de Septiembre del 2.011, Rec. 12/11**, en la misma línea que la sentencia anterior absuelve a un médico que accede en 2 ocasiones a la HC de una persona que no era paciente suya, y en tal sentido aunque la Sala reconoce que los accesos son indebidos, no se demuestra que tuviera conocimiento con esos acceso de datos reservados, sino que esos datos

relativos a la salud de la persona de la HC y que pudo conocer con el acceso, en realidad ya los tenía en el expediente médico que manejaba del paciente respecto de una empresa sobre la que iba a formular una Pericial. En concreto se manejaban datos relativos al consumo de alcohol que, al parecer, ya figuraban en el expediente médico del interesado al margen de su propia HC.

Esta sentencia emitida por la AP de Navarra, es francamente discutible, pues del contenido de la misma, si parece haber existido un acceso no autorizado e intolerable a la HC de una persona respecto de la que el médico no la tiene como paciente, y a diferencia de la anterior sentencia, donde sólo consiguió saber el nombre del médico, en esta sentencia si hay una intromisión de fondo en la intimidad personal del que se quiere conocer sus secretos, sólo con el matiz de que la HC era similar o contenía datos que estaban también en el expediente médico empresarial, pero por ello en nuestra opinión, se verifica claramente el acceso a datos reservados, aunque los mismos figuren en un expediente, que por razones concretas y particulares también conoce el médico, pero este dato- y con todas las reservas no disponer de toda la documentación, ni haber realizado el juicio oral- no decae la tipicidad de la conducta del acusado, ya que el acceso a datos reservados, si se produce, *ya que esos datos relativos a la salud personal del interesado siguen siendo reservados, sin que pierdan esa condición porque ocasional o eventualmente figurasen en otro expediente ajeno a su HC.*

En el ámbito de la divulgación o revelación de secretos mencionamos la **ST Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª, Sentencia de 27 Jul. 2011, Rec. 157/2011**, donde es condenada una persona que trabajaba de Técnico de laboratorio y comenta pública e indebidamente que una persona había dado positivo al virus VIH, y la noticia llega al interesado antes de los cauces oficiales. Se le impone 1 año de prisión y 6 meses de multa, fijando una indemnización a favor del perjudicado en 6.000 euros.

Es destacable la Sentencia del **Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-2-2016, nº 40/2016, rec. 943/2015 en cuyos hechos probados se relata que:** funcionario de la Comunidad Autónoma de Illes Balears (CAIB) en cuanto médico de Salud Pública del Centro Insular de Sanidad de Menorca, y también también funcionaria de la CAIB en cuanto enfermera del mismo Centro, mantuvieron una relación sentimental de duración indeterminada, la cual a finales del año dos mil nueve había ya finalizado.

Desde ese momento, la relación entre ambos quedó muy deteriorada, y tras varios episodios de desencuentros laborales y personales, esta tensa situación fue conocida

por la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, incoando Expediente Disciplinario, y a partir de ahí la funcionaria tuvo conocimiento de los accesos informáticos no consentidos que a su historial clínico y al de sus familiares parte del médico. La sentencia efectúa 2 importantes apreciaciones: 1) Caracteriza, por lo tanto, esta figura típica tratarse de datos propios de la intimidad de una persona guardadas en bases de datos no controladas por el titular del derecho, y, por ende, sujeta a especiales normas de protección y de acceso que el autor quiebra para acceder. El carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico. 2) Como dice la STS 532/2015, de 23 de septiembre, en principio todos los datos personales analizados son “sensibles” porque la ley no distingue a la hora de darles protección y el tipo penal prevé una agravación (art. 197.6 CP) para los supuestos en los que el objeto sea especialmente sensible, afectando a ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos, archivo, etc, especialmente protegido, porque no es custodiado por su titular sino por titulares de las bases con especiales exigencias de conductas de protección.

Es muy interesante la **STS del Tribunal Supremo de 22-10-2013, nº 778/2013, rec. 1949/2012** que rectifica y anula la Sentencia de la **Sec 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 30-5-2012, nº 323/2012, rec. 15/2012** en la que un médico fue condenado inicialmente por un delito de descubrimiento y revelación de secretos en el marco de la actividad de implantación de prótesis mamarias accediendo a numerosas historias clínicas de las pacientes, con el objeto de verificar tipos, marcas y características de los implantes que estaba suministrando la empresa para este tipo de cirugías, ante la existencia de problemas particulares del doctor en relación con determinadas pacientes con el propósito de denunciar a la Empresa para la que prestaba sus servicios.

El Tribunal Supremo estimando su Recurso de Casación se hace eco de su tesis no delincencial y lo absuelve de la vulneración del secreto médico, afirmando entre otros razonamientos: *“La Sala considera concurrente un error de prohibición invencible. El acusado se asesoró, acudiendo a fuentes de su máxima solvencia para desvanecer el error, y actuó en defensa de su propio derecho al ejercicio de su profesión sin el temor de una responsabilidad exigible, y en la creencia, errónea, de que la denuncia que formulaba requería una previa indagación de los hechos...”* porque recabó asesoramiento jurídico por lo que estaba convencido que actuaba dentro de la lega-

lidad” y... *“el error es invencible e inevitable “cuando el sujeto se ha visto apoyado por representantes del Ministerio fiscal”.*

Por último, y también interesante es la Sentencia absolutoria el TS 312/2019 de 17 de junio, pues razona la sala que no puede entenderse acceso indebido del médico al historial clínico de su exmujer pues el dato obtenido no causa un perjuicio grave para la denunciante, en tanto que el mismo había sido su médico de cabecera.

### EXCEPCIONES AL SECRETO MÉDICO

Los códigos deontológicos contemplan la posibilidad de eludir el secreto médico, en casos muy concretos, en cuanto no es un derecho absoluto.

En el Código de Deontología Médica de julio de 2011, en su art 30 contempla dichas excepciones, estableciendo que *“ El secreto profesional debe ser la regla. No obstante, el médico podrá revelar el secreto exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, en los siguientes casos:*

- a. *En las enfermedades de declaración obligatoria.*
- b. *En las certificaciones de nacimiento y defunción.*
- c. *Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo.*
- d. *Cuando se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente y éste permita tal situación.*
- e. *En caso de malos tratos, especialmente a niños, ancianos y discapacitados psíquicos o actos de agresión sexual.*
- f. *Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria.*
- g. *Aunque el paciente lo autorice, el médico procurara siempre mantener el secreto por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencialidad profesional.*
- h. *Por imperativo legal:*
  1. *En el parte de lesiones, que todo médico viene obligado a enviar al juez cuando asiste a un lesionado.*

2. *Cuando actúe como perito, inspector, médico forense, juez instructor o similar.*
3. *Ante el requerimiento en un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto profesional y procurará aportar exclusivamente los datos necesarios y ajustados al caso concreto.”*

Dicho esto, se puede afirmar que el titular de la información que se proporcionar al profesional sanitario es el paciente, y sólo él, y únicamente con su autorización expresa o tácita se pueden comunicar los datos de relevancia médica por el facultativo a los familiares o persona que el paciente designe, de conformidad con el Art 5 de la Ley 41/2.002. Es cierto que ello se ve modificado en los supuestos de menores o incapacitados, en cuyo caso esa información debe realizarse a sus padres o representantes legales, incluso en aquellas situaciones donde el médico advierte que el paciente por su situación psíquica o física no está en condiciones de entender la información facultativa, la misma se realizará las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Del mismo modo es preciso tener en cuenta que en determinadas y excepcionales ocasiones se puede vulnerar el secreto médico en los casos que legalmente se determine o judicialmente, el médico sea requerido para que proporcione una concreta información al respecto de un concreto paciente.

Este tema ha adquirido especial importancia en el caso del tratamiento de las dolencias mentales. Siendo un punto de inflexión fue lo acaecido en los Alpes, en marzo de 2015, donde el piloto alemán Andreas Libitz de la compañía área Germanwings ocultó que estaba siendo tratado médicamente por dolencias mentales, y resultó lamentable y finalmente que estrelló su avión falleciendo sus 150 tripulantes, siendo objeto de franca polémica, si en estos casos, u otros similares debiera de permitirse al facultativo poder romper su obligación de confidencialidad poniéndolo en conocimiento de las autoridades o empresas para las que desempeña sus servicios el paciente, ya que el no hacerlo, puede resultar fatal si son representados o previsibles determinados comportamientos que pueden afectar seriamente la vida o la salud de las personas, especialmente en el caso de que el paciente lleve a cabo un trabajo donde están directamente implicadas otras personas que dependen de que realice su cometido con normalidad profesional, y eso ciertamente abarca numerosas profesiones y oficios, que rebasan notablemente el ámbito de conductores y pi-

lotos. El médico en las situaciones conflictivas de grave peligro para las personas, desde un punto de vista penal si se produce la vulneración del secreto de modo justificado, podría estar amparado por la situación de estado de necesidad como exención de la responsabilidad penal que prevé el Art 20.5 del código penal.

En definitiva a la margen de las excepciones contempladas, la vulneración del secreto medico tiene un tratamiento punitivo, en que puede llevar aparejada una pena de prisión , inhabilitación profesional y como es evidente , la ruptura de la relación médico paciente.

## **CONCLUSIÓN**

El secreto médico es un deber inherente en la relación entre el médico y paciente, en que se requiere una confianza, ya que el paciente debe suministrar al médico toda la información necesaria a efectos de darle una adecuada asistencia.

El secreto médico ha evolucionado, en tanto un mismo paciente puede ser tratado por varios profesionales sanitarios, y por ello, la forma en que el profesional sanitario lo salvaguarda, teniendo presente que no es un derecho absoluto que puede ceder ante determinados supuestos.

# PROBLEMAS EN EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA Y OTROS PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA DE LA PSIQUIATRÍA

**Francisco J. Vaz Leal**

*Catedrático de Psiquiatría. Jefe de Sección.  
Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Extremadura (Badajoz)  
Presidente de la Academia de Medicina de Extremadura  
Vocal de la Comisión de Deontología Médica del icomBA*

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito general de la asistencia psiquiátrica pueden aparecer diversas situaciones conflictivas que, además de suponer una exigencia potencial de responsabilidad para el médico, amenazan con interferir de forma significativa en el proceso asistencial. La responsabilidad del médico puede venir establecida a nivel jurídico (administrativo, penal y/o civil) o deontológico, en tanto que en el plano asistencial el elemento afectado será siempre la relación con su paciente. Este hecho es especialmente relevante, ya que una buena relación médico-paciente es un elemento terapéutico de primera magnitud, al ser él mismo, el propio médico, en palabras de Michael Balint, el elemento terapéutico más poderoso que este puede ofrecer. Por ello, una relación médico-paciente deteriorada conducirá, necesariamente, a una evolución negativa del proceso de tratamiento.

Si intentamos aislar los principales problemas que con connotaciones médico-legales pueden aparecer en el ámbito de la práctica psiquiátrica, podemos destacar los siguientes:

- a. Problemas relacionados a la **confidencialidad**
- b. Problemas relacionados con el derecho a la **intimidad** del paciente
- c. Problemas relacionados con el **consentimiento informado**
- d. Problemas relacionados con errores diagnósticos o procedimientos terapéuticos inadecuados debidos a **falta de capacitación**
- e. Problemas relacionados con **negligencia** a la hora de prevenir el daño para el propio paciente u otras personas
- f. Problemas relacionados con la **hospitalización involuntaria** y la adopción de otras **medidas coercitivas** por parte del médico
- g. Problemas relacionados con la **actuación del médico ante los tribunales**

## PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA CONFIDENCIALIDAD

El secreto profesional es un derecho y una obligación del médico. En su formulación clásica, el Juramento Hipocrático establece: *“Guardaré silencio sobre todo lo que oiga o vea en el ejercicio de mi profesión, o fuera de ella, que no deba ser hecho público”*. Formulaciones más actuales, como la de la Asociación Médica Mundial establecen también sin ambigüedad el compromiso del médico de guardar y respetar

los secretos que se le hayan confiado, incluso después del fallecimiento del paciente, así como el compromiso de respetar la autonomía y la dignidad de éste.

Existen diversas disposiciones legales que hacen referencia al tema de la confidencialidad en la práctica médica:

- La Ley General de Sanidad (14/1986, revisada en 2015), que plantea en su art. 10.1 la cuestión del derecho a la intimidad, y en su art. 10.3 la de la confidencialidad de los datos clínicos.
- La Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, Derechos y Obligaciones en Materias de Información y Documentación clínica (41/2002, revisada en 2015), que aborda en su art. 7 el tema del derecho a la intimidad del paciente.
- La Ley de Enjuiciamiento Criminal (1982, revisada en 2015), que habla en su art. 262 de la obligación de denunciar los delitos de los que se tuviese conocimiento, y en su art. 410 del deber de testificar.
- La Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (1986), que aborda cuestiones mucho más específicas, como la de las enfermedades de declaración obligatoria.

A pesar de la conveniencia de mantener una relación estrictamente confidencial, los médicos nos vemos cada vez más presionados por solicitudes de información, y en particular los médicos especialistas en Psiquiatría, solicitudes procedentes del medio judicial (tanto en el ámbito civil como en el penal y el laboral), los servicios sociales, las instituciones educativas y los padres de los pacientes menores de edad, entre otros.

Mientras que la confidencialidad es relativamente fácil de controlar en el interior de una relación dual médico-paciente, es de difícil control en el contexto institucional, que se organiza en torno a un procesamiento de la información que viene mediada a menudo por la propia complejidad de los equipos asistenciales. En el ámbito específico de la Psiquiatría suelen establecerse, por otra parte, relaciones que a menudo son especialmente significativas entre el médico y el paciente, en función de la duración del contacto, de la naturaleza de las cuestiones abordadas en el curso del tratamiento, en la incompreensión que el paciente percibe a menudo en su entorno y en los inevitables procesos de transferencia con la figura del médico. Así las cosas, el paciente puede vivir cualquier revelación a terceros como una traición por

parte del médico, especialmente en el caso de determinadas patologías, como los pacientes con un trastorno límite de la personalidad.

El Código de Deontología Médica aborda las cuestiones relativas a la confidencialidad en su capítulo V, dedicado al secreto profesional del médico, haciendo referencia a consideraciones generales (art. 27), manejo de la información (art. 28), información compartida (art. 29), excepciones (art. 30) y comunicación de resultados al paciente (art. 31). También dedica el capítulo XVII al tema de los médicos peritos (art. 62).

A pesar de la necesidad de preservarla, la ruptura de la confidencialidad parece ser inevitable en determinadas circunstancias, tanto de tipo asistencial (informes a otros compañeros/inspección médica), como no específicamente asistenciales: conocimiento de actos delictivos, riesgos para el bienestar físico o psíquico de terceros (como sucede en el caso de las enfermedades de declaración obligatoria), riesgo para la integridad del paciente sin poder conseguir su autorización y/o colaboración con la justicia. Por ello, el médico tiene que tomar en ocasiones la decisión de si quebranta, o no, el secreto profesional. Esta situación no es sencilla, ya que pueden surgir problemas de tipo ético y deontológico al verse enfrentadas la obligación de mantener el secreto profesional con las consecuencias potenciales del mantenimiento del secreto, existiendo lagunas legales que complican la adopción de una decisión. Para superar esta compleja situación, es conveniente (e incluso necesario) que el médico comunique personalmente al paciente, siempre que sea posible, que tiene que desvelar información contenida en su historia clínica, aclarando de qué información específica se trata, tanto si tiene que hacerlo a otros colegas, en el caso, por ejemplo, de la inspección médica, como al juzgado. Si es posible, el médico debe intentar también que el paciente otorgue su consentimiento y reflejarlo en la historia clínica. Siempre que se pueda, es conveniente aclarar (y negociar) con el paciente los límites de la confidencialidad.

## **PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL PACIENTE**

La obtención y manejo de la información clínica implica una doble obligación, ya que el médico está obligado a recoger toda aquella información que pueda ser necesaria para una adecuada asistencia, respetando en todo momento los derechos y la dignidad del paciente, que está obligado, por su parte, a proporcionar información veraz y fiable para ayudar al médico a manejar su caso.

Los problemas en este apartado pueden estar determinados por una inadecuada conservación y protección de los datos clínicos (control del acceso, conservación de la información y/o recuperación de la misma). También pueden surgir problemas en relación con el acceso del paciente o de otros a su historia clínica, sobre todo teniendo en cuenta que esta puede contener anotaciones subjetivas del médico y anotaciones relativas a terceras personas, así como datos obtenidos a través de terceros.

Algunas cuestiones, en ocasiones difíciles de responder, son por ejemplo las relativas a quién es el propietario de la historia clínica de un paciente que ha fallecido, dónde poner los límites al facilitar información sobre el fallecido, qué información hay que consignar en la historia clínica o en los informes de consulta, a qué información pueden acceder otros profesionales, qué información hay que facilitar a otros profesionales, qué información hay que facilitar a dispositivos de atención social o de provisión de cuidados, qué información hay que facilitar a las instancias judiciales (y actuando en calidad de qué), o cómo facilitar información a los padres de un paciente menor de edad cuando los dos no actúan de forma consensuada. Una solución pasaría por el establecimiento de varios niveles de acceso a la información clínica:

- a) General: la necesaria si el paciente acude a Urgencias o si un médico de otra especialidad tiene que valorarlo;
- b) Específica: datos necesarios para los que participan de forma activa en el tratamiento del paciente (personal de salud mental); y
- c) Reservada: para los que precisan de esos datos inevitablemente de cara al tratamiento del paciente.

## **PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La Medicina ha evolucionado en los últimos años desde un modelo paternalista a un modelo participativo, basado en la deliberación conjunta del médico y el paciente sobre los problemas de éste y la adopción de medidas acordadas entre ambos. Se exige al clínico proporcionar información veraz en relación con los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, y recabar el consentimiento del paciente una vez que este ha sido informado adecuadamente. El consentimiento informado suele ser implícito en Psiquiatría, excepto para procedimientos potencialmente peligrosos. Aun así, debería consignarse siempre en la historia clínica la información proporcionada al paciente y su visto bueno a las diferentes intervenciones.

Una forma específica de consentimiento informado es el consentimiento por representación, que se adopta en el caso de pacientes que no pueden valorar críticamente su situación o no pueden tomar racionalmente una decisión, y también en el caso de menores de edad (en determinadas situaciones).

### **PROBLEMAS RELACIONADOS CON ERRORES DIAGNÓSTICOS O PROCEDIMIENTOS TERAPÉUTICOS INADECUADOS DEBIDOS A FALTA DE CAPACITACIÓN**

La cuestión de la capacitación profesional del médico también está regulada en el Código Deontológico (en concreto, en el capítulo IV, dedicado a la calidad de la atención médica). En este sentido, el Código establece claramente:

- a) la obligación de prestar a todos los pacientes una atención de calidad humana y científica (art. 21.1);
- b) la obligación de abstenerse de actuaciones que sobrepasen la capacidad del médico, aplicando solamente los métodos para los que ha sido capacitado (art. 22.1);
- c) la realización de los actos médicos especializados tan solo por los facultativos que posean el título correspondiente (art. 24); y
- d) el hecho de que el médico debe emplear preferentemente procedimientos y prescribir fármacos cuya eficacia se haya demostrado científicamente (art. 26.1).

En Psiquiatría, la utilización de aquellas técnicas que caen específicamente dentro del ámbito de la Medicina (como, por ejemplo, la valoración clínica del paciente, la solicitud de pruebas diagnósticas y la prescripción de fármacos) está adecuada y legalmente regulada, pero existen algunos problemas para la capacitación de los profesionales como psicoterapeutas. Se ha intentado solventar este problema mediante la acreditación por parte de la Federación Española de Asociaciones de Psicoterapeutas de aquellos que cumplen una serie básica de criterios de especialización. Aun representando un paso importante en la regulación del ejercicio de estas prácticas, al determinar los mínimos necesarios para ser acreditado, no dejan de existir lagunas en el procedimiento, surgiendo dudas acerca de si dichos criterios son suficientes, qué validez legal tiene la acreditación, quién acredita a las instituciones en los que se recibe la formación, a qué código deontológico están sometidos los psicoterapeutas que no tienen obligación colegial, qué titulaciones pueden exhibir los psicoterapeutas, y otras.

A este mismo nivel estarían las intervenciones (o, por mejor decir, las no intervenciones) de los médicos no psiquiatras en relación con los problemas psiquiátricos de algunos de sus pacientes. En muchos casos, el médico tiene un bajo interés (no pocas veces egosintónico y proclamado a los cuatro vientos) por los pacientes psiquiátricos, lo que genera derivaciones precipitadas a Salud Mental y la puesta en marcha de tratamientos inapropiados o insuficientes. En este sentido, hay que aclarar que la formación en Psiquiatría es una obligación para todos los médicos, en la misma medida en que lo es para los estudiantes, que deben saber antes de recibir su título hacer una historia clínica psiquiátrica, explorar psicopatológicamente a un paciente, reconocer el riesgo de suicidio o indicar e interpretar las principales exploraciones complementarias, entre otras competencias. También los médicos de familia (elegidos aquí como prototipo de los médicos no especialistas en Psiquiatría) deben adquirir competencias específicas en problemas de salud mental en lo tocante a la prevención, las técnicas de entrevista, el diagnóstico y el tratamiento de la ansiedad y la depresión, y el diagnóstico y control de otros problemas, como los trastornos del comportamiento, de la alimentación, de la autoimagen, los trastornos sexuales o los trastornos psicóticos (especialmente en lo referente a la detección precoz en el caso de estos últimos).

### **PROBLEMAS RELACIONADOS CON NEGLIGENCIA A LA HORA DE PREVENIR EL DAÑO PARA EL PROPIO PACIENTE U OTRAS PERSONAS**

En este apartado se hará referencia, básicamente, a la responsabilidad en relación con el suicidio. La dificultad para valorar el potencial suicida de un paciente ha sido reconocida por los tribunales. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid establece en una de sus sentencias:

*“El riesgo suicida inmediato es muy difícil de adivinar si el paciente decide ocultarlo a los profesionales y no existen indicadores psicopatológicos que obliguen a sospecharlo. Las circunstancias que se asocian al suicidio consumado (enfermedades mentales o físicas graves, intentos previos, historia familiar de suicidio o situaciones personales penosas extremas) son demasiado frecuentes como para que resulte posible una acción médica imperativa y sistemática sobre todos los casos administrativamente posibles.”*

Este fallo judicial aplica la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que señala que *“para determinar si procede apreciar (...) responsabilidad patrimonial es necesario en primer lugar analizar si el suicidio resulta o no previsible a la vista de los an-*

*tecedentes del paciente*". Parece claro que, en este contexto, el problema no es tanto el suicidio en sí (tan difícil de prever) cuanto el hecho de no haberlo valorado adecuadamente (y haberlo consignado, una vez más, en la historia clínica). En este mismo sentido habría que entender los actos violentos dirigidos por pacientes psiquiátricos en tratamiento hacia terceros.

Una historia clínica deficientemente redactada en sus contenidos, sus aspectos formales y sin identificación de quien/quienes la cumplimentan podría ser también origen de problemas legales, al suponer un obstáculo para una adecuada asistencia al paciente.

### **PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA HOSPITALIZACIÓN INVOLUNTARIA Y LA ADOPCIÓN DE OTRAS MEDIDAS COERCITIVAS**

La Constitución Española establece en su art. 17:

*"Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley"*.

Desde esta perspectiva, el ingreso no voluntario (que no solamente tiene que ver con los pacientes psiquiátricos) es una medida inconstitucional, lo que no significa que se apoye en una norma inválida. Por ello, se habla de inconstitucionalidad "*diferida*" y se admite como mal menor, en espera de una normativa más adaptada a nuestra Carta Magna, ya que de aplicarse la norma de una forma estricta se crearía un vacío legal y la utilidad y la necesidad puntual de proceder al ingreso involuntario de determinados pacientes no puede ser cuestionada. Por ello, se puede actuar contra la voluntad del paciente:

- a) Cuando exista un problema psicopatológico que exija tratamiento; y
- b) Cuando el paciente no pueda tomar una decisión en lo referente a aceptar o rechazar el tratamiento precisamente por su problema.

En este contexto, la necesidad del ingreso se asocia a otras dimensiones, como la seguridad de los demás, los perjuicios a terceros o la alarma social. De cualquier modo, es una medida que hay que limitar al máximo, que siempre requiere la autorización judicial (solicitada antes de las 24 horas y ratificada antes de las 72 horas), notificación que tiene carácter obligatorio en todos los casos en menores de 16 años, con independencia de que los padres estén, o no, de acuerdo. Hay que recordar tam-

bién que en cualquier momento un ingreso voluntario puede convertirse en involuntario, aplicándose en ese caso la normativa expuesta.

Un grupo clínico particularmente importante en relación con el ingreso involuntario son los pacientes con trastornos de la conducta alimentaria. Tras el ingreso no voluntario, estos pacientes (en concreto los que padecen anorexia nerviosa grave) tienen que ser alimentados a menudo mediante alimentación forzada, ya que existen complicaciones determinadas por la desnutrición que pueden ser reversibles con la realimentación. No hay que olvidar las complicaciones no psiquiátricas asociadas (las alteraciones hidroelectrolíticas o los problemas cardiovasculares, entre otros), que pueden conducir a la muerte de la paciente, ni olvidar tampoco las frecuentes complicaciones psiquiátricas (como la depresión o las tentativas de suicidio). La propia desnutrición favorece el mantenimiento del problema (como puso de manifiesto la experiencia de Minnessota). Aun así, no hay un criterio uniforme entre los profesionales en relación con la aplicación de la alimentación forzada. Por ello, es necesario individualizar cada caso, teniendo en cuenta que la cronicidad juega siempre en contra de la recuperación de la paciente.

Problemas similares a los generados por la realimentación provoca la contención mecánica de los pacientes, que, como norma general, debe ser lo más breve posible y adaptada siempre a la situación clínica. Se debe intentar informar al paciente y a su familia previamente y, en la medida de lo posible, obtener su consentimiento explícito. La contención mecánica provoca el paso del paciente de “voluntario” a “no voluntario”, por lo que hay que informar al juez en un período de 24 horas, salvo que el paciente haya firmado el consentimiento informado. En los ingresados con orden judicial se informará al juez si la contención mecánica dura más de 12 horas.

## **PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ACTUACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES**

Existe en los últimos años un aumento de las solicitudes a los psiquiatras para actuar ante los tribunales en todo tipo de casos. El psiquiatra tradicional, que actuaban como perito a instancias del juez o de una de las partes, ha dado paso al psiquiatra “testigo” y, más recientemente, al “testigo-perito”. La actuación ante los tribunales, como la mayor parte de las situaciones a las que hemos hecho referencia, puede actuar provocando un deterioro de la relación médico-paciente. Existe una clara contradicción entre el Código Deontológico, que establece que “*el cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada*” (art. 62.5) y que “*el médico no debería prestarse a actuar como testigo-perito*” (art.

62.8) y las exigencias de declarar ante el tribunal, de manera que el psiquiatra debería recordar al juez su sujeción deontológica al secreto profesional y solicitar al tribunal que se le exima de testificar o que se le dispense del deber de secreto.

Un problema añadido lo constituyen los “*informes*” solicitados por los abogados de los pacientes, que hacen descansar sobre el profesional la responsabilidad de una resolución favorable del problema que motiva su intervención.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AAVV. *Manual de ética y deontología médica*. Organización Médica Colegial de España: Madrid, 2012.
2. Beauchamp T, McCullough LB. *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*. Labor: Barcelona, 1987.
3. Bloch S, Chodoff P, Green SA. *La ética en psiquiatría*. Triacastela: Madrid, 2001.
4. Ibáñez Bernáldez M, Casado Blanco M. Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico: normas legales y aspectos críticos- *Medicina de Familia – SEMERGEN*, 2018; 44: 125-130.
5. Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, Derechos y Obligaciones en Materias de Información y Documentación clínica (41/2002, revisada en 2015).
6. Ley de Enjuiciamiento Criminal (1982, revisada en 2015).
7. Ley General de Sanidad (14/1986, revisada en 2015).
8. Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (1986).
9. Organización Médica Colegial de España. *Código de deontología médica. Guía de ética médica*. Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Badajoz: Badajoz, 2012.
10. Pastor Morales JM, del Río Sánchez C. *Ética profesional en salud mental*. Madrid: Pirámide, 2018.

# TRANSCENDENCIA DE CONOCER LA RESPONSABILIDAD LEGAL DEL EQUIPO QUIRÚRGICO

**Jorge Mariño del Real**

*Facultativo Especialista de Área de Urología.*

*Hospital Universitario de Badajoz*

*Profesor asociado de la Facultad de Medicina de Badajoz.*

*Universidad de Extremadura*

*Vocal de Formación Médica Continuada y*

*Médicos Tutores y Docentes del icomBA*

La medicina es una de las profesiones cuyo ejercicio comporta, más que ninguna otra, el peligro de atentar contra la Ley civil y penal, y dentro de la medicina, más concretamente, el tratamiento quirúrgico<sup>1</sup>.

El imparable avance de la ciencia impone un mayor grado de especialización, y en consecuencia, es cada vez más frecuente que el acto médico no se realice de forma individual sino colectiva por un equipo médico. Este acto médico colectivo es aún más evidente en las intervenciones quirúrgicas donde concurren diversos profesionales (cirujanos, anestesiólogos, enfermeros, etc).

Estos avances tecnológicos en la práctica médica, conllevan procedimientos diagnósticos y terapéuticos de mayor riesgo. Esto, junto a una mayor difusión de la información médica sobre los éxitos de la medicina, que en ocasiones han generado expectativas desmesuradas entre los pacientes sobre el éxito de la medicina, han generado un aumento importante de insatisfacción y del número de reclamaciones por presunto error, imprudencia, negligencia o por daños en una actuación médica.

Es evidente que este aumento de reclamaciones por responsabilidad profesional contra los médicos, trae consecuencias muy negativas, como pueden ser la práctica de la medicina defensiva (que incrementa el riesgo para los pacientes, ya que son sometidos a procedimientos innecesarios), el aumento del gasto sanitario e insatisfacción entre los profesionales.

El estudio de las reclamaciones por presunta responsabilidad médica y el análisis de las áreas de mayor litigiosidad ayudan a establecer e implementar acciones que incrementen la seguridad del paciente y la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios.

Por todo ello, es necesario hacer partícipes a los médicos en general, y de manera particular los integrantes del equipo quirúrgico, de la importancia de conocer la responsabilidad legal en la que pueden incurrir en el ejercicio de su profesión.

Por dar unas cifras y dimensionar el problema, refiriéndonos por ejemplo a la especialidad de Urología, en el ámbito internacional, la Urología ocupa el lugar 12 de 28 especialidades en cuanto al número de reclamaciones. En EEUU, anualmente más del 10% de los urólogos reciben una reclamación, y un 2.5% una reclamación que finaliza en indemnización. Con frecuencia las reclamaciones guardan relación con procesos neoplásicos, conllevando el error diagnóstico en patología oncológica las indemnizaciones más elevadas. En el Reino Unido, destaca por su frecuencia los eventos no quirúrgicos (diagnóstico y tratamiento del cáncer) y describen las urete-

roscopia, la resección transuretral, la nefrectomía, la vesectomía y la cateterización ureteral como los procedimientos quirúrgicos más frecuentemente implicados en reclamaciones<sup>2</sup>.

En nuestro país, son escasas las publicaciones que analicen la responsabilidad profesional en Urología. En un estudio del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, la incidencia en Urología es de 8.27 reclamaciones anuales de media (2.5% del total de 7280 reclamaciones), lo que sugiere un riesgo medio de reclamación, con una tasa de responsabilidad profesional médica superior a la media y cuantía en las indemnizaciones moderada, yendo en la misma línea de lo ya establecido en la literatura internacional. La patología escroto-testicular representa una de las mayores áreas de reclamación en Urología, destacando la vasectomía como primera causa global de reclamación, seguida de la torsión testicular. Destaca también la patología prostática (procedimientos quirúrgicos de HBP).

## EQUIPO QUIRÚRGICO

El trabajo en equipo plantea el problema de la individualización de la responsabilidad en el supuesto de imprudencia médica. Nos encontraríamos ante la alternativa de la extensión de la responsabilidad, exigiéndola a todo el equipo o que la misma quede dispersa y diluida entre sus componentes y que nadie responda individualmente. Esta cuestión es de especial importancia en el ámbito penal, ya que sólo pueden ser sujetos activos las personas físicas. No es un problema de *“actuación en nombre de otros”* ni de *“codelinuencia culposa”*, sino de individualización de comportamientos relevantes.

Hay varios modelos de trabajo médico en equipo<sup>1</sup>, como por ejemplo el médico de familia en su consulta, el equipo médico hospitalario, el equipo quirúrgico, urgencias, etc, cada uno con sus características. El médico en su consulta podríamos pensar que trabaja de manera más individualizada, pero su trabajo está directamente relacionado con otras especialidades que participan en el procedimiento diagnóstico y en el tratamiento, y dependen también del personal auxiliar. Su actividad está condicionada por los recursos existentes, que además no dependen de propio médico y que condicionan, por ejemplo, las listas de espera, etc. Así mismo, no pueden elegir a su equipo ni tampoco tiene plena autoridad sobre el personal auxiliar.

El equipo médico en el hospital es mucho más complejo, la atención es multidisciplinar con la participación de muchos profesionales en el proceso diagnóstico y te-

rapéutico. El error es más difícil ya que intervienen muchos profesionales en la atención al paciente, y existen además comisiones y comités que constituyen mecanismos de control de calidad. Tampoco se puede elegir al equipo ni se tiene plena autoridad sobre el personal auxiliar.

## **RESPONSABILIDAD CIVIL, ADMINISTRATIVA O PENAL DEL EQUIPO QUIRÚRGICO**

Los criterios de individualización en la responsabilidad civil o administrativa no son tan relevantes en atención a la responsabilidad casi objetiva colectiva y solidaria que en principio va a regir en estos ámbitos. La responsabilidad penal de los miembros de equipo quirúrgico será imputable a título de imprudencia, delitos de homicidio o lesiones por imprudencia y la posibilidad de actuación u omisión dolosa, en la modalidad de *"dolo eventual"*, entiendo por tal cuando el enfermo podría seguir viviendo sin la intervención, aún quizás sin llegar a curarse del todo, y el médico prevé que la intervención posible para curarle, podría eventualmente tener consecuencias perjudiciales para el paciente. En estas circunstancias el médico debe abstenerse de actuar y en el caso de que se decida por la intervención y se produzca el desenlace previsto, habrá realizado el tipo de lesiones corporales con dolo eventual.

Para tratar de determinar la responsabilidad en el trabajo en equipo, hay que tener en cuenta una serie de circunstancias, como son la interconexión del trabajo en equipo, la división del mismo, el papel de cada miembro del equipo, el papel del jefe del equipo en la responsabilidad de los actos médicos, la repercusión de la *"estructura hospitalaria"* en el trabajo del médico, los recursos existentes, las dotaciones tecnológicas, la falta de elección de los miembros del equipo, la falta de autoridad, el papel de los médicos en formación, el papel de los protocolos, etc. Así mismo, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, debemos tener en cuenta diversas reglas básicas que nos ayuden a individualizar dicha responsabilidad.

## **REGLAS BÁSICAS PARA TRATAR DE INDIVIDUALIZAR LA RESPONSABILIDAD**

- **Principio de Confianza:** El cirujano jefe puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestelistas, enfermeros, auxiliares...) se comportarán diligentemente, salvo que en el caso concreto circunstancias especiales (descuidos graves, ineptitud o falta de cualificación), reconocibles, le hagan pensar lo contrario. El cirujano jefe puede ser condenado por conducta imprudente

si conoce y tolera el comportamiento profesional incorrecto de un colaborador, que da lugar a la muerte o lesiones graves del paciente<sup>1</sup>. Como ejemplo de la aplicación de este principio podemos comentar la STS de 4 septiembre de 1991 donde se considera la *“conducta imprudente del cirujano por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación, y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano”*.

- **Principio de División del Trabajo:** Se refiere a una actividad en colectivo en la que varias personas colaboran para conseguir un objetivo común. Es un importante criterio delimitador de los deberes de diligencia en la actividad desarrollada por el equipo quirúrgico, y se relaciona directamente con el principio de confianza. No existen reglas generales para determinar los deberes de cuidado de cada miembro del equipo quirúrgico en el marco de la división del trabajo. Habría que examinar las características de cada caso, analizando el procedimiento y la urgencia de la intervención quirúrgica, la modalidad de división del trabajo, si horizontal o vertical, y el estado de formación y fiabilidad de los colaboradores.

La división del trabajo tiene ventajas, ya que permitir a cada sanitario que interviene dedicarse a su cometido además de garantizar una distribución razonable de tareas, pero también tiene algunos *“peligros”* como pueden ser la cualificación deficiente de los colaboradores (el cirujano debe aplicar medidas necesarias para la vigilancia, control e instrucción de los mismos), fallos de comunicación que conlleven prestaciones médicas incorrectas, descoordinación y/o fallos de la organización médica entre otros.

- **Horizontal:** La que se da entre colegas que por su estado de formación, competencia e independencia, se encuentran en situación de igualdad. Es el caso típico del cirujano y anestesista, que trabajan conjuntamente en funciones complementarias con los conocimientos propios de sus respectivas especialidades. En la fase preoperatoria del acto quirúrgico es donde mayor relevancia tiene el anestesiólogo. Los dos supuestos más importantes que mayor causa de reclamación conlleva son el manejo y la revisión de aparatos técnicos y la preparación y control de hemoderivados. En cuanto a la revisión de los aparatos técnicos, hay que tener en cuenta la normativa de funciones de cada hospital. Aquí entran en juego los principios de confianza y división del trabajo, que exoneran a los médicos cuando el buen uso y mantenimiento de los aparatos técnicos cuando es cometido

del personal técnico especializado. En relación a los hemoderivados, la mayor parte de las reclamaciones vienen derivadas de transfusiones incompatibles y mala atención tras errores en la transfusión. Durante el acto quirúrgico, tiene mayor responsabilidad el cirujano, aunque las funciones del anestésista y cirujano deben estar conectadas entre sí. El Anestésista tiene el deber de vigilar las constantes del paciente, el suministro de anestesia y el control de los aparatos técnicos. En la fase postoperatoria, vuelve a tener mayor relevancia el anestésista, que debe realizar el control de constantes vitales, función respiratoria y circulatoria del enfermo. El cirujano debe prevenir y controlar posibles complicaciones.

Cuando aplicamos el principio de confianza en la división del trabajo horizontal<sup>3</sup>, hablamos de que el anestésista y el cirujano tienen el “*deber de diligencia secundario*” que obliga a un control y vigilancia el uno del otro que detecte fallos graves o incumplimiento de alguno de ellos, que evitaría el posible resultado lesivo para el paciente. Se podría imputar a uno de ellos por confiar indebidamente en el otro.

- **Vertical:** No hay relación de igualdad, sino de supra y subordinación entre el cirujano jefe del equipo y el personal sanitario auxiliar (enfermería, auxiliares) o los médicos residentes. La dirección y coordinación del equipo recae en el médico/cirujano (director de orquesta). Es necesario determinar los cometidos específicos del personal de enfermería, auxiliares, etc. Aquí son importantes dos conceptos<sup>3</sup>: “*orden jerárquico*” entendido como el deber de instrucción, control y vigilancia por parte del jefe del equipo quirúrgico y la obligación de cumplir las órdenes por parte de los colaboradores, y el de “*delegación*” mediante el cual el médico solo podrá delegar sin riesgo de incurrir en responsabilidad penal, aquellas tareas que son competencia específica del personal sanitario auxiliar, por lo que se hace necesario conocer las competencias específicas de cada miembro del equipo quirúrgico para determinar la posible responsabilidad penal de cada uno.

Cuando aplicamos el principio de confianza en la división del trabajo vertical<sup>3</sup>, entendemos que el cirujano debe confiar en el personal de enfermería, auxiliares, etc. El cirujano no actúa en contra del deber de cuidado cuando confía en el personal, salvo que tenga dudas de la deficiente formación o exceso de trabajo. Si existe deficiente formación o negligencia,

debido al *“deber de diligencia secundario”* el cirujano podría incurrir en responsabilidad penal. En relación a los médicos internos residentes el médico superior jerárquico, en este caso el cirujano jefe, si no cumple con sus deberes de instrucción, control y supervisión, podrá ser penalmente responsable de las imprudencias en las que pueda incurrir el médico residente. En relación a esta obligación de deber de diligencia secundaria, el tribunal supremo se pronunció mediante sentencia del 16 de enero de 1961 donde se hace constar que *“...no se puede apreciar una infracción de ese deber de selección por parte del médico, cuando se trata de personal sanitario admitido en un establecimiento médico público y en cuya selección el médico no ha tenido influencia alguna...”*.

## CONCLUSIONES

- El trabajo en equipo es imprescindible en la medicina moderna y constituye una garantía de calidad y mayor seguridad para el paciente.
- Su funcionamiento es complejo e implica dificultades para determinar la responsabilidad individual y colectiva
- No existen reglas generales para determinar la responsabilidad legal. Habrá que ver las circunstancias de cada caso.
- La división del trabajo, y el principio de confianza sirven de guía para tratar de determinar la responsabilidad
- A cada persona se le debe exigir el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas.
- Existe mayor responsabilidad del cirujano como director del equipo quirúrgico, debiendo extremar la vigilancia y el cuidado del resto del personal.
- No es responsable el médico si el error o conducta imprudente viene del error o negligencia de otro miembro del equipo, que en base a la relación de confianza existente, su trabajo no necesite de comprobación por parte del médico
- Si hacemos las cosas bien y seguimos la Lex Artis es difícil que incurramos en responsabilidad penal.

## DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL EQUIPO QUIRÚRGICO<sup>2</sup>

1. Aplicación de las guías clínicas.
2. En tratamientos quirúrgicos electivos procurar una información exhaustiva y solicitar el CI específico y detallado.
3. En tratamientos urgentes o evoluciones tórpidas registrar en la H<sup>3</sup>C<sup>3</sup> toda la información relevante, y referirse a las informaciones orales establecidas con el paciente o familia.
4. En casos de cirugías con especial litigiosidad (como por ejemplo la cirugía de esterilización) dar el CI específico, informando de los riesgos más característicos y circunstancias especiales de dicha técnica quirúrgica.
5. Ante una complicación, gestionarla con rapidez, transparencia y máxima colaboración.
6. Ante un efecto adverso, mostrarse comprensivo, informando generosamente, tranquilizando y ofreciendo tratamientos para solucionarlo.
7. Aplicar Check-list.
8. Fomentar una buena relación médico-paciente.
9. Gestión extrajudicial de la responsabilidad profesional. Más rápida, ahorra costes y genera menos ansiedad a médico y paciente.
10. Valoración pericial de la responsabilidad profesional debería ser más profunda y concreta.

## BIBLIOGRAFÍA

1. CABALLERO KLINK, JESÚS. La responsabilidad jurídico penal en el equipo quirúrgico. Curso "*Responsabilidad profesional del médico forense*". Centro de Estudios Jurídicos. 2005
2. VARGAS BLASCO, CÉSAR: Principales motivos de reclamación en Urología. Curso "*Actualización en clínica forense. Valoración pericial de la praxis médica*". Centro de Estudios Jurídicos. Abril 2019
3. JORGE BARREIRO, AGUSTIN: Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Disponible en: [Blog.uclm.es/ciencias penales/files/2016/11/5\\_ASPECTOS-BASICOS.pdf](http://Blog.uclm.es/ciencias_penales/files/2016/11/5_ASPECTOS-BASICOS.pdf)
4. BERNATE OCHOA, FRANCISCO: Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. Prolegómenos: Derechos y valores. Enero-Junio 2008, vol. XI, número 21, pp. 65-80
5. GALAN CÁCERES, JUAN CALIXTO: Medicina y responsabilidad legal. Abril 2014. Badajoz. ISBN: 978-84-695-9969-3
6. JORGE BARREIRO, AGUSTIN: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Edigorial Tecnos. 1995
7. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, JOSÉ MANUEL: La responsabilidad penal del médico y del sanitario. Editorial Colex. 1990
8. RUIZ VADILLO, ENRIQUE: La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina. Revista jurídica Actualidad Penal, nº 27/94, de julio, págs 499 y ss
9. SHERER BA, COOGAN CL: The current state of medical malpractice in urology. Urology 2015 jul; 86 (1): 2-9
10. VARGAS BLASCO, C: Responsabilidad profesional médica en embarazo postva-  
sectomía. Actas Urol Esp. 2016; 40: 400-5
11. JORGE BARREIRO, AGUSTIN: Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico. Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad del Personal Sanitario. CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo. Noviembre 1994, págs. 361 y ss.

# CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CIRUGÍA

**Florencio Monje Gil**

*Servicio de Cirugía maxilofacial del Hospital Universitario de Badajoz*

*Profesor Titular de la Facultad de Medicina de Badajoz.*

*Universidad de Extremadura*

## INTRODUCCION

El Consentimiento Informado (CI) tiene dos claras proyecciones: una médico-legal y otra ético-deontológica, (La deontología (del griego δέον, -οντος déon, -ontos 'lo que es necesario', 'deber' y -logía 'conocimiento', 'estudio') es la rama de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen actividades profesionales, así como el conjunto de deberes relacionados con el ejercicio de una profesión. A su vez, es parte de la filosofía moral dedicada al estudio de las obligaciones o deberes morales pero ambas son consecuencia de un cambio en el paradigma que regula la relación médico-paciente: el paso de una medicina basada en el principio de Beneficencia -todo para y por el enfermo, pero sin el enfermo-, a otra basada en el principio de autonomía, donde el paciente es libre para decidir aquello que más le conviene para su salud, el daño que quiere soportar, o la calidad de vida que desea, siendo en consecuencia el protagonista de las tomas de decisiones en lo relativo a su asistencia sanitaria<sup>1</sup>.

Entre otros, el CI es la expresión tangible de este reconocimiento a la autonomía de los pacientes. Estos cambios han tenido una enorme repercusión en la tarea de los profesionales de la salud. La tradicional beneficencia, el ayudar a los demás, principio rector de todo profesional de la salud, no se concibe en la actualidad sin el respeto a las preferencias de los pacientes y sin tener en cuenta los recursos que se utilizan para atenderlos. La relación que se establecía entre médico y enfermo era siempre asimétrica.

Así, el consentimiento informado sólo puede ser entendido desde la existencia de dos derechos: el derecho para la toma de decisiones (consentimiento) y el derecho a un proceso informativo que garantice la mejor decisión. En referencia a la primera cuestión, la autonomía para la toma de decisiones, se puede decir que es precisamente el principio de autonomía el punto de partida para el reconocimiento de la capacidad de decisión de la persona de todas aquellas actuaciones sobre su cuerpo, y por lo tanto, para aceptar o rechazar cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico en el ámbito sanitario.

El segundo aspecto que se debe considerar, el proceso informativo, debe contemplar al consentimiento informado como el último eslabón en dicho proceso y cuya culminación es la autorización, verbal o escrita, para llevar a cabo un procedimiento una vez valoradas las diferentes alternativas.

## ANTECEDENTES HISTORICOS

En 1908 la Sra. Schloendorff fue internada en un hospital público de Nueva York con fuertes dolores abdominales. Su médico, después de agotar las posibilidades diagnósticas no invasivas disponibles de la época, solicitó a la paciente autorización para realizar una laparotomía exploratoria. La paciente consintió a ello aunque únicamente a los efectos diagnósticos, dejando patente que cualquier otra medida terapéutica debería ser consultada previamente con ella. Así las cosas, durante la intervención, el cirujano apreció la existencia de una masa tumoral encapsulada y decidió proceder a extirparla. Como se puede suponer la Sra. Schloendorff, al despertar de la anestesia y enterarse de que se había contravenido su expresa indicación reclamó explicaciones y acabaron en los tribunales.

A continuación otros casos pusieron de manifiesto el derecho a la información y también a la autonomía de decisión por parte del paciente: *Mohr v. Willians* (1905), *Rolater v. Strain* (1913), *Salgo contra Leland Stanford Jr.*(1957), el caso *Canterbury contra Spence* (1972) o el caso *Berkey contra Anderson* (1969).

Otros hitos poco deseables que afectaron aún más la percepción de la humanidad, si no el primero de ellos, sí el más conocido, ha sido el rechazo generalizado que despertaron las atrocidades cometidas por los investigadores nazis con los prisioneros de diversos grupos, pero sobre todo con el pueblo judío durante el holocausto. Asimismo, no hay que olvidar que los japoneses hicieron similares cosas con prisioneros y civiles en Indochina, por lo que a mediados del siglo XX, en 1947, se construyeron los cimientos legales al redactarse el Código de Núremberg, diseñado después de la Segunda Guerra Mundial y en 1948, aún bajo la influencia de estos procesos, se aprobó la Declaración de Ginebra.

## ¿QUÉ ES EL CONSENTIMIENTO INFORMADO?

La Ley 41/2002 (La ley básica reguladora de la Autonomía del paciente) define el consentimiento informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*<sup>2-4</sup>. No obstante, el debate se ha centrado más en el documento que no en el proceso de información al paciente: qué información hay que dar y cómo hay que darla. Una prueba de ello es que hay una infinidad de guías para elaborar los documentos y, en

cambio no las hay de cómo hay que dar la información ni tampoco se forma a los estudiantes ni a los residentes ni al resto de profesionales

- de cómo informar,
- de cómo dar malas noticias,
- de cómo escuchar,
- de como gestionar la incertidumbre, por mencionar algunas de las cuestiones a las que los médicos clínicos se enfrentan en el día a día.

Esta información, que se ha facilitado verbalmente al paciente por el médico, puede ponerse, además, por escrito en un documento que recoge también el consentimiento del paciente en realizarse la intervención. El objetivo de este documento es garantizar que el paciente conoce la información y que está de acuerdo en realizarse la intervención. El CI, debería ser el proceso de información al paciente que se sigue de su consentimiento, si el paciente está de acuerdo.

## **RECOMENDACIONES PARA EL PROCESO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN PACIENTES QUIRÚRGICOS**

Se pueden delimitar una serie de características para el proceso de información en relación con los actos quirúrgicos:

- Informar de forma verdadera, simple, aproximada, leal e inteligible sobre los diferentes aspectos del diagnóstico y las opciones quirúrgicas.
- Realizar una información progresiva en diferentes actos dejando constancia escrita en la historia clínica
- Informar exhaustivamente cuando se solicita autorización para la práctica de técnicas no validadas o ante indicaciones cuestionables
- Recomendaciones para el proceso de consentimiento informado en pacientes quirúrgicos
- Recomendaciones para la obtención de la autorización
- Evitar un consentimiento bajo persuasión, manipulación o coacción
- Eludir el consentimiento puntual, basado en la firma del documento, y buscar un consentimiento progresivo, basado en el diálogo gradual con el paciente

- Garantizar un período de reflexión entre el acto informativo y la autorización
- Evitar la firma del documento en el antequirófano
- Eludir durante la consulta la firma del documento sin su lectura o reflexión
- Entregar personalmente al paciente el documento de consentimiento dejando constancia escrita en la historia clínica
- Evitar la entrega del documento a través de una enfermera o un administrativo

### **CÓMO DEBEN SER LOS DOCUMENTOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL PROCESO DE INFORMACIÓN**

Los documentos deben redactarse pensando en el paciente, que es el destinatario de los mismos, y no con fines puramente defensivos, para facilitar que comprenda la información incorporada. Deben ser elaborados por los profesionales de la salud y no por juristas, sin perjuicio de que pueda solicitarse la colaboración de éstos en algunos casos puntuales.

La información que deben aportar es<sup>5</sup>:

- El objeto de la acción médica: lo que se pretende hacer y por qué.
- Los riesgos que entraña.
- Los beneficios que se esperan alcanzar.
- Las posibles alternativas terapéuticas o diagnósticas, con sus ventajas e inconvenientes.

Existe una confusión entre el proceso verbal de entrega de información por parte del profesional al paciente y el documento de CI. Se trata evidentemente de dos cuestiones distintas. La información verbal del profesional al paciente es un proceso gradual que se puede llevar a cabo en una o más entrevistas y no puede ser sustituido por ningún documento o papel. El documento tan sólo prueba que el profesional ha facilitado la información y que el paciente la ha recibido y está de acuerdo con lo que se le ha propuesto. El documento no es la información sino la garantía de que se ha producido.

La información siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo debe ser

- En lo técnico: simple, aproximada, inteligible.

- En las complicaciones y riesgos: veraz y leal, no minimizar, ni exagerar.

Así el consentimiento debe ser:

- Consentimiento informado. El paciente debe estar debidamente informado para adquirir una clara representación del alcance del acto o actos sobre los que va a consentir.
- Consentimiento libre y voluntario. Otro elemento esencial del consentimiento es la ausencia de todo tipo de coacción física o psicológica y de manipulación.
- Consentimiento dado con capacidad. Es necesario que quien otorga el consentimiento no esté incapacitado legalmente por sentencia judicial o, en su caso, tenga capacidad de hecho o competencia para decidir

Pero el consentimiento también debe cumplir una serie de requisitos<sup>2</sup>:

- Personal. El médico no debe perder nunca de vista que el titular del derecho a la información es el paciente (artículo 5-1 LAP), que es el que decide y el único que tiene potestad para delegar este derecho en quien estime por conveniente, sea familiar o no.
- Válido y Validado. Se precisa la competencia legal del paciente. Si los pacientes son incompetentes, de forma permanente o transitoria, estaríamos en el caso de la representación legal, que posteriormente será abordada.
- Explícito. El consentimiento ha de ser explícito, entendiendo por tal que el paciente manifiesta claramente su voluntad. Lo puede expresar de forma oral o escrita.

Atendiendo al artículo 10 de la Ley, deberán especificarse del siguiente modo:

- Consecuencias seguras. Se concretan en las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad y que se definen como las secuelas del procedimiento.
- Riesgos personalizados.

Respecto a las circunstancias profesionales del paciente, éste es un aspecto importante desde el punto de vista de la responsabilidad<sup>4</sup>. En este sentido se establece que puede haber complicaciones y secuelas de gran trascendencia para el desempeño de ciertas profesiones.

- Riesgos típicos poco frecuentes.

Se trata de complicaciones patognomónicas de la técnica y suponen una complicación de relevancia para el paciente.

- Contraindicaciones.

Es otro aspecto importante de la información y consentimiento, ya que el conocimiento de las contraindicaciones por parte del paciente permite al cirujano replantear la técnica operatoria durante el acto quirúrgico cuando se presentan circunstancias diferentes de las inicialmente planificadas.

Los apartados del CI son:

1. Parte de identificaciones, declaraciones y firmas:
2. Datos personales del paciente.
3. Nombre y apellidos del médico que informa.
4. Disponibilidad explícita del facultativo para ampliar la información si el paciente lo requiere.
5. Manifestación del paciente de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido respuesta a las dudas y preguntas planteadas.
6. Consentimiento del paciente para la intervención y/o exploración.
7. Fechas y firmas del médico y del paciente.
8. Apartado para el consentimiento a través de representante legal en caso de incapacidad.
9. Apartado para la revocación (debe figurar en el mismo documento que el consentimiento).
10. Nombre del procedimiento que se va a realizar.
11. Una explicación sencilla de cuál es el objetivo.
12. En qué consiste y cómo se va a llevar a cabo.
13. Descripción de las consecuencias seguras de la intervención. Descripción de los riesgos del procedimiento (se incluyen los habituales conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia, y los excepcionales que tengan la consideración clínica de muy graves).
14. Descripción de los riesgos personalizados, que son aquellos en relación con los antecedentes del paciente.

15. Alternativas a la actuación propuesta y sus consecuencias.

Además incluimos dos apartados más que, aunque no obligatorios, sí parece recomendable que figuren en los CI en determinados casos:

16. Autorización para la participación de estudiantes y/o médicos especialistas en formación.

17. Autorización para el uso de imágenes y documentación iconográfica del paciente, realización de filmaciones, etc.

Existen unas recomendaciones para el texto del consentimiento informado:

- Utilizar palabras cortas, intentando evitar tecnicismos.
- Utilizar frases cortas.
- Utilizar frases simples evitando la subordinación y las voces pasivas.
- Utilizar la mínima cantidad de puntuaciones diferentes del punto y de la coma.
- Evitar el uso de números y símbolos.
- Evitar el uso de porcentajes.

## **A QUIÉN SE DEBE DAR LA INFORMACIÓN**

El destinatario de la información es el paciente, salvo que haya manifestado su voluntad de no ser informado. No obstante, si la patología por la que está siendo atendido el paciente puede afectar a la salud de terceros, deberá ser informado de las precauciones que tiene que adoptar y, dependiendo de los casos, del deber que tiene el paciente y/o el propio profesional de comunicárselo a las personas allegadas, para proteger su salud<sup>6</sup>.

El paciente será informado, incluso si tiene la capacidad limitada, en función de sus facultades y grado de comprensión, sin perjuicio

Es oportuno mencionar aquí que la propia ley también reconoce el derecho a no consentir, es decir, a la negativa del paciente al tratamiento y, por ello, la obligación del profesional a respetar este tipo de decisiones.

Cuando el paciente carezca de la competencia necesaria para tomar la decisión, será otra persona o institución la encargada de hacerlo en su lugar, ejerciendo la representación o la sustitución. En ese supuesto, por lo tanto, corresponde pedir el con-

sentimiento al representante o, en su defecto, a las personas vinculadas al enfermo por razones familiares o de hecho.

## CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Cuando el paciente no posee capacidad para otorgar su consentimiento nos encontramos ante el denominado “*consentimiento por representación*”, en el cual se delimitan 4 situaciones<sup>1,2</sup>:

- Enfermos incapacitados por su estado físico/psíquico.

La obtención de este consentimiento deberá efectuarse a través de las personas más próximas al enfermo y no de forma indiscriminada a cualquier persona que tenga la condición de familiar o allegado.

- Enfermos incapacitados para la toma de decisión según el criterio del médico responsable de la asistencia.

Al igual que en el caso anterior, la Ley establece que bien su representante legal, o bien la persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho, serán los encargados de otorgar el consentimiento.

- Pacientes incapacitados legalmente. En este supuesto se encuentra establecido un representante legal en quien recaerá la potestad de otorgar el consentimiento.
- Pacientes menores de edad.

La Ley establece 2 contextos diferentes para otorgar el consentimiento en menores. El primero de ellos se refiere al paciente menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el cirujano recabará la autorización de su representante legal (padres, tutores, representantes) pero, en el supuesto de que el menor tenga 12 años, deberá cumplir con la obligación de informar al paciente y conocer su opinión.

El segundo contexto aludido anteriormente se refiere a menores no incapaces ni incapacitados pero emancipados o con 16 años cumplidos en quienes, según el texto de la Ley, “*no cabe prestar consentimiento por representación*”, aunque, tal como recoge la propia Ley, “*en caso de actuación de grave riesgo y según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de decisión*”. Por lo tanto, y como norma general, no cabe el consentimiento

por representación en menores con más de 16 años o emancipados, y en estos casos será el propio menor quien firme el documento de consentimiento informado. A pesar de esta capacidad para la toma de decisión, hay 3 supuestos en los que un menor emancipado o con 16 años cumplidos no puede otorgar su consentimiento y que se refieren a los supuestos de trasplante de órganos (como receptor o donante vivo), esterilización, cirugía transexual, interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

- Menores de 12 años

El primero de ellos se refiere al paciente menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el cirujano recabará la autorización de su representante legal (padres, tutores, representantes) pero, en el supuesto de que el menor tenga 12 años, deberá cumplir con la obligación de informar al paciente y conocer su opinión.

A pesar de no tener reconocida capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance del acto médico, el menor deberá ser oído, si bien el consentimiento deberá ser siempre prestado por su representante legal, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del menor y respetando su dignidad personal.

Cuando las decisiones de los representantes legales sean contrarias a la vida o salud del menor, el médico está obligado a trasladar el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el facultativo o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

- Menores de entre 12 y 16 años

a) el médico considera que el menor es maduro para tomar decisiones:

- a.1. Ante actos médicos de bajo riesgo y habituales, es suficiente el consentimiento del menor, si bien los padres y/o representantes legales deben ser informados.
- a.2. Cuando en la patología del menor y el tratamiento requerido se aprecie gravedad o riesgo significativo importante, se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento.
- a.3. Si el menor se niega a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, y los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del art. 9.3.c de la LAP, el médico

podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable, por respeto al principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal.

- a.4. Si tanto el menor maduro como sus representantes legales rechazan la práctica de un acto médico que implique grave riesgo para su vida o salud, el médico deberá plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor, amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
  - a.5. Si el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, prevalece la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- b) El médico considera que el menor no reúne las condiciones necesarias de madurez para tomar decisiones:
- b.1. En estos supuestos, el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal.
  - b.2. Si los representantes legales no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes el médico debe adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.
  - b.3. En caso de conflicto o de desacuerdo entre los padres entre sí, el médico puede recurrir a la normativa civil (art. 163 del Código Civil) po-

niendo el asunto en conocimiento del Juez, al efecto de que se nombre un defensor judicial al menor o intervenga el Ministerio Fiscal.

- Menores entre 16 y 18 años
  - a) Ante actuaciones asistenciales ordinarias, cuando se trate de menores mayores de 16 años o emancipados, salvo que se encuentren incapacitados judicialmente o que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación.
  - b) No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. Dicho consentimiento por representación, se adoptará atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal.
  - c) Cuando menores maduros mayores de 16 años rechacen la práctica de un acto médico ante una situación clínica que implique grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales dicha decisión, el médico deberá plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor, amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
  - d) Si aun siendo mayor de 16 años el menor no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la intervención, independientemente del tipo de actuación médica, los representantes legales deberán otorgar el consentimiento por representación.

### **QUIÉN DEBE OBTENER EL CONSENTIMIENTO**

El profesional de la salud que vaya a llevar a cabo el procedimiento concreto, una vez que ha proporcionado la información al paciente o a quien deba sustituir su decisión, obtendrá su consentimiento, que será verbal por regla general, dejando constancia en la historia clínica, debiendo formalizarse por escrito en los supuestos que la reglamentación en cada institución lo determine<sup>7</sup>.

Cuando el profesional que indica el procedimiento y el profesional que lo va a realizar no son la misma persona, el primero únicamente tiene obligación de informar al paciente sobre las circunstancias de la indicación y sobre los aspectos básicos del procedimiento, siendo el profesional que lo va a realizar el responsable de asegurar que el paciente recibe la información necesaria y que presta su consentimiento.

Además, nunca puede delegarse esa tarea en otros profesionales (otro médico, estudiantes, residentes, enfermera, auxiliar, etc.)<sup>6</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

1. Villanueva E. Unidad: El consentimiento informado en la asistencia sanitaria. Título de experto en Etica Médica, Organización Médica Colegial 2018.
2. Acea B. El consentimiento informado en el paciente quirúrgico. Reflexiones sobre la Ley Básica reguladora de la Autonomía de los Pacientes. *Cir Esp* 77: 321-326, 2005.
3. Código de Deontología Médica. Guía de Etica Médica. Madrid: CGCOM; Julio 2011.
4. Ortiz A., Burdiles P. Consentimiento informado. *Rev Med Clin Condes* 21: 644-652, 2010.
5. San Norberto EM, Gómez Alonso D, Trigueros JM, Quiroga J, Gualis J, Vaquero C. Legibilidad del consentimiento quirúrgico en España. *Cirugía Española*. 92: 201-207, 2014.
6. Rolle A., Vargas C., Paredes S., López R. Evaluación de competencia de pacientes antes de la cirugía. *Revista Chilena de Cirugía* 69: 359-364, 2017.
7. Editorial. Consentimiento informado en cirugía. Distancia entre teoría y práctica. *Cirugía Española*. 91: 551-553, 2013.

**LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO:  
¿LIMITADA EN EXCLUSIVA AL QUIRÓFANO?  
SITUACIÓN ACTUAL EN RELACIÓN A  
LAS SEDACIONES**

**María Luisa Martín Sanabria**

*Jefe de Sección del Servicio de Anestesiología y Reanimación.*

*Hospital Universitario de Badajoz*

*Profesora Asociada Facultad de Medicina de Badajoz.*

*Universidad de Extremadura*

## LA ESPECIALIDAD DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN ABARCA VARIAS COMPETENCIAS<sup>1</sup>:

1. la medicina perioperatoria, es decir el cuidado médico continuo del paciente quirúrgico, desde que se sienta la indicación de la operación hasta que se da de alta del hospital. Incluye:
  - a. la valoración y preparación del paciente quirúrgico.
  - b. la realización de la anestesia.
  - c. prevenir las complicaciones postoperatorias y tratar las que ocurran en la sala de despertar o unidad de recuperación postanestésica (URPA).
2. la sedación-anestesia-analgésia en áreas diagnósticas o terapéuticas no quirúrgicas.
3. la reanimación de situaciones vitales, desde la reanimación cardiopulmonar hasta los cuidados críticos (compartido con otras especialidades).
4. el tratamiento del dolor, agudo y crónico (también compartido con otras especialidades).

Dos conceptos jurisprudenciales resultan de interés en la especialidad de Anestesiología:

Concepto de pérdida de oportunidad: Los tres grupos de supuestos en que se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad son el error en el control ecográfico de la gestación, el error diagnóstico que supone pérdida de oportunidad terapéutica con graves consecuencias (sobre todo en neoplasias), y el defecto de información del médico al paciente en los casos exigidos por ley (casos en los que no resulta probado, a través del documento de consentimiento informado, que el médico informó al paciente sobre la complicación acaecida).

Teoría del daño desproporcionado: El daño médico desproporcionado es el no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médica. La aplicación de esta teoría en anestesia debe ser muy cautelosa pues las complicaciones de un acto anestésico pueden ser de extrema gravedad, aunque la actuación quirúrgica que lo motive sea aparentemente banal<sup>2</sup>.

La responsabilidad del médico no se vincula al resultado, sino al hecho de no haber puesto a disposición del paciente los medios adecuados.

En un proceso habitual, el denunciante tiene que demostrar que ha tenido lugar una infracción, pero en el ámbito sanitario le corresponde al demandado demostrar que no la ha habido (inversión de la carga de la prueba). Según datos de un estudio del año 2013 en Cataluña, la anestesiología sería la sexta especialidad respecto al número de reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica<sup>3</sup>.

En 2010 la “*Declaración de Helsinki*” sobre seguridad del paciente en anestesiología estableció como medida recomendada la necesidad de disponer de protocolos (estándares) para situaciones de riesgo. Ante una complicación, la falta de cumplimiento de los estándares sin justificación adecuada da lugar a condena. Por otra parte, son una herramienta muy útil para que la administración dote a los servicios de los recursos que precisan para dar una asistencia segura.

## MEDICINA PERIOPERATORIA

En la evaluación preanestésica se realiza la **valoración y preparación del paciente**, con el objetivo de minimizar los riesgos. Comporta entrevista con el paciente y revisar su historia clínica y pruebas complementarias; indicar premedicación si precisa, reserva de sangre si fuera probable la transfusión, asegurar que pueda tener los cuidados postoperatorios necesarios. Solo en caso de emergencia vital está justificado prescindir de ella; en las operaciones de urgencia hay tiempo para hacerla y es además de gran importancia por la mayor afectación del estado general en estas circunstancias.

El consentimiento informado es un elemento integrante de la *lex artis* y es obligado en la evaluación preanestésica. Su omisión es de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica. Solamente no se requiere consentimiento si existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

La Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, en su artículo 23.1 dispone que: “*Se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada de forma voluntaria y libre, previa obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, para la realización de cualquier actuación relativa a su salud*”.

En el caso de la anestesiología el consentimiento informado deberá prestarse siempre por escrito, debiendo incorporarse este documento a la historia clínica, formando parte de su contenido mínimo. El anestesiólogo debe informar de forma adecuada

de los riesgos de la anestesia, de los personalizados y de las distintas alternativas. Debe responder a las preguntas del afectado. Tras recibir la información firmará el consentimiento. Cuando el paciente renuncia a recibir la información, pero consiente la cirugía, deberá firmar esta circunstancia.

La anestesia, ya sea general o de cualquier otro tipo, requiere su propio consentimiento informado, distinto del que exige la técnica quirúrgica per se. El objetivo del consentimiento se circunscribe a la específica intervención para la que ha sido otorgado<sup>4</sup>.

La información ha de transmitirse con la *“antelación suficiente”*, para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libremente. No existe uniformidad de criterios en las distintas Comunidades Autónomas respecto a cuánto tiempo es suficiente. En Extremadura son un mínimo de 24 horas en cirugías programadas con ingreso.

El titular del derecho a la información es el paciente, siempre que su capacidad de juicio se lo permita. Si el paciente carece de la capacidad para entender la causa de su estado, la información deberá ser facilitada a las personas vinculadas con él por razones familiares o de hecho. Respecto al caso del menor, el consentimiento deberá ser prestado por su representante legal. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años, no cabe prestar el consentimiento por representación.

Si surge una complicación sin que concurra falta de diligencia o mala actuación del médico, y no se puede probar que el paciente conocía la posibilidad de que ésta ocurriera, deberá asumirse la responsabilidad civil por el denominado defecto de información. Incluso sin la existencia de complicaciones, la Sala Civil del Tribunal Supremo (TS) ha condenado a indemnizar la falta de información del riesgo previsible.

**Normas en quirófano:** En España, el estándar de una anestesia es la presencia constante junto al paciente de un anesesiólogo capacitado. Conviene precisar que las sentencias del TS, tanto civiles como penales, son unánimes en considerar la obligada presencia del especialista durante la realización de cualquier procedimiento anestésico (general o regional), sin admitir como excusa del abandono del quirófano ni la monitorización ni la ayuda personal de enfermería experimentada. Si el cirujano toleró de forma injustificada esa ausencia, también será responsable.

Se produce responsabilidad compartida entre médicos cuando el desconocimiento de las reglas del actuar médico por parte de un facultativo del equipo es tan evidente o su actitud tan sugerente de riesgo que el otro médico, u otros médicos, del equipo hubieran tenido que darse cuenta.

La Organización Mundial de la Salud ha emprendido un programa que se llama “*Safe Surgery Save Lives*” que han aceptado todos los países y cuya parte esencial es la comprobación o Check list conjunta de anestesiólogo, cirujano y enfermera, de que todo está controlado antes de iniciar la cirugía. Es muy importante que tengamos la misma rutina de comprobación para aplicarla todos los días con el fin de que empecemos a trabajar con seguridad.

- Identificación del paciente. Comprobación de los datos preoperatorios y de la valoración, de si el estado del paciente ha experimentado cambios desde que se evaluó, etc. Comprobación del tiempo de ayuno adecuado.
- Comprobación de la máquina de anestesia y del circuito respiratorio. Preparación del quirófano con el material necesario para la anestesia. Preparación de la anestesia específica: Cualquiera que sea la técnica escogida, general, regional o sedación, debe tenerse preparada la inducción de una anestesia general.
- Fármacos: Hay recomendaciones, pero no hay estándares de rotulado al igual que las hay para los gases. Profilaxis antibiótica. Sueroterapia. Pérdidas hemáticas por aspirador y gases y comprobación de la sangre que se administre.
- Ayudante. Su presencia es necesaria en el momento de la inducción y extubación o en cualquier momento en que aparezca una complicación. Las técnicas regionales deben siempre hacerse con un ayudante experto. Los estándares de asepsia para procedimientos invasivos deben aplicarse escrupulosamente a los procedimientos anestésicos.
- Comprobación de la posición del paciente, tanto para que se realicen las funciones respiratorias (expansión torácica) y cardiocirculatorias (que no exista compresión de cava o disminución del retorno venoso), como para que no se produzcan lesiones compresivas, neurológicas, corneales, cutáneas, etc. Aparte de estas normas de actuación propiamente médica, el anestesiólogo comparte responsabilidad en la seguridad eléctrica del paciente y por tanto en la colocación de la placa del bisturí, de su interferencia con un marcapasos, de la toma de tierra de los aparatos, etc.
- Monitorización. La Sociedad Española de Anestesiología y Reanimación (SEDAR) publicó en 1995 la “*Guía de Práctica Clínica en Anestesiología, Reanimación*”, estableciendo los criterios para la monitorización básica (intrao-

peratoria) que comprenden presión arterial incruenta (PA), electrocardiografía (ECG) y saturación de oxígeno (pulsioximetría). Si va a ser anestesia general se incluye capnografía y fracción de oxígeno administrada (FiO<sub>2</sub>). Habrá que añadir la monitorización adicional que corresponda a cada situación.

- Registro de la historia-gráfica anestésica. Debe ser contemporáneo con los sucesos. Deben hacerse constar la técnica anestésica, monitorización, parámetros ventilatorios, volemia y pérdidas, todo incidente o complicación tanto anestésica como quirúrgica, nombre de anestesiólogo y cirujano, y datos de salida de quirófano del paciente y su destino.

**Postoperatorio inmediato.** Al anestesista le corresponde el deber de vigilancia del paciente mientras éste se recupera una vez concluido el procedimiento quirúrgico. Sólo se le dará de alta del área quirúrgica cuando el anestesiólogo considere que reúne los criterios de seguridad de la vía aérea, de estabilidad cardiovascular, función respiratoria adecuada, normotermia, dolor controlado, ausencia de vómitos y hemorragia o cualquier problema que haga que su vigilancia o la solución de las posibles complicaciones no pueda dejarse al personal de planta.

Si el paciente debe pasar su postoperatorio en una unidad de reanimación/críticos se trasladará cuando esté estable, acompañado por un anestesiólogo, adecuadamente monitorizado y se informará personalmente al médico responsable de la unidad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en la fase postoperatoria las condenas tendrán su origen en la falta de vigilancia. El anestesista será responsable de omisión de cuidado al dejar solo al paciente (tras la intervención) sin encomendar a nadie competente su vigilancia.

La división del trabajo existente en el área quirúrgica y su entorno, y su carácter horizontal (que afecta a cirujano, anestesiólogo, intensivista, hematólogo, internista, etc.) o vertical (que afecta a especialistas/MIR, Director Médico/especialista...), permite individualizar jurídicamente la responsabilidad que recae sobre cada uno<sup>5</sup>.

Es muy recomendable que los equipos quirúrgicos valoren cuidadosamente el riesgo del paciente al que se va a intervenir y las necesidades posteriores que presumiblemente requerirá, ajustando a este efecto el nivel y los equipamientos del centro donde se vaya a efectuar la intervención y se abstengan de efectuarla en centros insuficientemente equipados.

## SEDACIÓN

Puede definirse como una disminución reversible del nivel de conciencia inducida por fármacos. Sus objetivos son disminuir la ansiedad y el estrés del procedimiento y mejorar la calidad de la exploración<sup>6</sup>.

Es muy útil la clasificación de la Sociedad Americana de Anestesiología (ASA) de los **grados de sedación**, con el fin de definir de manera clara las competencias indispensables para proporcionar una sedación segura<sup>7</sup>:

- Grado I (ansiolisis): Permite tolerar un procedimiento desagradable mientras se mantiene una adecuada función cardiorrespiratoria y la capacidad de respuesta ante una orden verbal o la estimulación táctil. En este grado la sedación es mínima y tiene el menor impacto de seguridad sobre el paciente.
- Grado II (sedación consciente): Sedación moderada que se puede lograr con una sola medicación. La vía aérea rara vez queda comprometida. Con un entrenamiento básico es posible manejar los problemas de vía aérea que ocasionalmente se presenten.
- Grado III (sedación profunda): Solo se obtiene respuesta por medio de un fuerte estímulo doloroso. Hay posibilidad de deterioro hemodinámico y puede haber incapacidad de mantener la vía aérea permeable. Este grado se logra, habitualmente, combinando medicaciones.
- Grado IV (anestesia general): De dominio exclusivo del anestesiólogo.

Los niveles son parte de un espectro, y el paso de un grado al otro puede ocurrir fácilmente en intervalos muy breves, lo que hace necesario tener precauciones en exceso a lo estrictamente necesario para cada grado en particular, ya que aunque ciertas medidas de seguridad sean suficientes para un grado, pueden no serlo para el siguiente<sup>8</sup>.

Múltiples **procedimientos** pueden requerir sedación en adultos:

- a. Procedimiento no invasivo y no doloroso, por ejemplo, imágenes diagnósticas como resonancia magnética, que solo requieren control del movimiento y ansiolisis. Aquí la estrategia es sedación grado I.
- b. Procedimientos mínimamente dolorosos y alto nivel de ansiedad, como biopsias y suturas simples de tejidos blando y piel, odontología y maxilofacial (endodoncias, implantes), gastroenterología (endoscopias). Se requerirá control

del movimiento, ansiolisis, analgesia. La estrategia será sedación grado I o II y anestésico local.

- c. Procedimiento doloroso o alto nivel de ansiedad, como biopsias (renal, hepática, prostática), suturas, toracocentesis, paracentesis, cardioversión, radiología intervencionista, aspiración de médula ósea, exodoncias múltiples y terceros molares, endoscopias terapéuticas, litotricia. Los requerimientos son: Control del movimiento, ansiolisis, analgesia, amnesia.

Estrategia: Sedación grado I o II, y ocasionalmente grado III.

Existe **controversia** con respecto a quien ha de realizar las técnicas de sedación, aunque se plantea fundamentalmente en las endoscopias digestivas<sup>9</sup>, ya que los responsables de otros procedimientos suelen reclamar la colaboración del anestesiólogo, por ejemplo, radiología intervencionista, hemodinámica, etc. Pero hay situaciones especiales en las que no es discutible que la sedación debe ser manejada por un anestesiólogo, para minimizar el riesgo de morbilidad prevenible: pacientes que no colaboran, de edades extremas, con enfermedades cardíacas severas, enfermedades pulmonares, hepáticas, renales o del SNC, con obesidad mórbida, apnea del sueño, embarazadas, o quienes abusan del alcohol o de las drogas. También cuando la complejidad del procedimiento puede indicar sedaciones más complejas o prolongadas.

La garantía de derecho a la salud de los pacientes exige que las técnicas de sedoanalgesia (sedación consciente) y sedación profunda sean realizadas únicamente por los profesionales que estén capacitados para llevarlas a cabo y con los medios adecuados. Diversas publicaciones coinciden en la necesidad del cumplimiento de unos requisitos mínimos, por parte de la persona encargada de administrar la sedación, para asegurar una calidad y seguridad óptimas al paciente. Se realizan desde 2013 cursos de sedación por parte de la Sociedad Española de Endoscopia Digestiva (SEED), que están incluidos en el programa de la especialidad de Aparato Digestivo.

Los protocolos de la ASA recomiendan la existencia de un profesional distinto de aquel que realiza la técnica endoscópica para monitorizar al enfermo y vigilar sus funciones vitales y la profundidad anestésica. A partir de 1991 se recomienda que la persona responsable de la vigilancia y sedación del paciente durante la endoscopia debe ser un segundo médico. Esta persona debe tener las competencias mínimas para vigilar los signos vitales del paciente (frecuencia cardíaca (FC), PA y saturación de oxígeno), tener certificación en soporte vital básico si hace sedación grado I o II, tener formación en sedación y en manejo de complicaciones. Cuando quien admi-

nistre la sedación no sea médico u odontólogo, el responsable directo de los eventos adversos de la sedación es el médico u odontólogo practicante del procedimiento que requiere sedación. Se debería limitar la inclusión de pacientes a aquellos con grado de riesgo ASA I o II y sin dificultades en el manejo de la vía aérea.

Varias Sociedades Científicas han publicado **Guías de Práctica Clínica** para endoscopia digestiva, como la SEED<sup>10</sup>, o recientemente la Sociedad Andaluza de Patología Digestiva (SAPD) que establecen recomendaciones para que los no anestesiólogos puedan realizar sedaciones con un buen nivel de seguridad<sup>11</sup>:

- Evaluación del paciente (historia clínica, examen físico sobre todo de vía aérea, ayuno 6 horas sólidos y 2 horas líquidos claros) y consentimiento informado en el que quede claro qué profesional va a realizar la sedación. Registro en su historia.
- Monitorización del nivel de conciencia: Se impone verificar permanentemente la capacidad de respuesta verbal o su equivalente, como guía del nivel de conciencia. Además, sirve para demostrar que el paciente está respirando.
- Monitores: Todos los pacientes bajo sedación/analgesia deben ser monitorizados permanentemente al menos con un pulsioxímetro con alarmas, y debe medirse la PA y FC. En la historia clínica debe quedar consignado el registro de las variables hemodinámicas, respiratorias y nivel de alerta cada cinco minutos. Y registrar también los eventos adversos. En pacientes con patología cardiovascular grave, y siempre para sedación profunda, se monitoriza también ECG y capnografía.
- Localización y equipos necesarios: El sitio donde se realiza la sedación ha de tener aspirador, fuente de oxígeno, pulsioxímetro, medicamentos e instrumentos de reanimación cardiopulmonar, tensiómetro, material de vía aérea, desfibrilador, estrategia para pedir ayuda de emergencia.
- Acceso venoso: Siempre se debe tener acceso venoso permeable cuando se hace sedación intravenosa.
- Oxigenoterapia continua con gafas nasales durante todo el procedimiento.
- Recuperación: Después de una sedación/analgesia los pacientes deben ser vigilados por una enfermera o un auxiliar de enfermería, bajo la supervisión del operador responsable, hasta cuando deje de existir riesgo de depresión cardiorrespiratoria o alteraciones hemodinámicas. Debe haber oximetría de pulso

permanente hasta el alta. Este momento se logra cuando el paciente recupera su estado basal<sup>12</sup>.

Todos estos aspectos tienen evidentes connotaciones médico-legales que han de tenerse presentes<sup>13</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Gomar C. Normas de actuación en anestesia. En Aspectos novedosos en anestesia y analgesia. Emergencias en anestesiología y reanimación. De Villalonga Morales A. Ed Ergon. Madrid 2006.
2. Galán Gutierrez JC, Galán Cortés JC. Responsabilidad en Anestesiología: teoría del daño desproporcionado. *Rev Esp Anesthesiol Reanim.* 2013; 60: 457-464.
3. Arimany J, Gómez EL, Aubia J. Las reclamaciones sobre responsabilidad profesional por especialidades en un escenario diferente al estadounidense. *Gac Sanit.* 2013; 27 (1): 92-93.
4. Waisell DB, Truog RD. Aspectos éticos y legales de la asistencia anestésica. En Miller Anestesia Sexta edición. Volumen 2. Elsevier España SA Madrid 2005. 3175-3182.
5. Serrano Gil A. La responsabilidad del trabajo en equipo. En La responsabilidad civil del médico anestesista. Editorial Marcial Pons, Madrid 2017. 205-256.
6. Redondo-Cerezo E. Sedación en endoscopia digestiva. Controversias y perspectivas. *RAPD.* 2018; 41 (1): 14-21.
7. López Timoneda F, Ramírez Armengol JA. ¿Quién debe responsabilizarse de la realización de las técnicas de sedación en endoscopia digestiva?. *Rev Esp Enferm Dig.* 2005; 97 (1).
8. Arnal D, Romero E, Martínez G, Muñoz L, Rey M, Postigo S. Recomendaciones de seguridad del paciente para sedaciones en procedimientos fuera del área quirúrgica. *Rev Calid Asist.:* 2017; 32 (3): 155-165.
9. Ibarra P, Galindo M, Molano A, et al. Recomendaciones para la sedación y la analgesia por médicos no anestesiólogos y odontólogos de pacientes mayores de 12 años. *Rev Colomb Anesthesiol.* 2012; 40 (1): 67-74.
10. Igea F, Casellas JA, González-Huix F, et al. Sedación en endoscopia digestiva. Guía de práctica clínica de la Sociedad Española de Endoscopia Digestiva. *Rev Esp Enferm Dig.* 2014; 106 (3): 195-211.
11. Bejarano A, Martínez JG, Rodríguez M, Romero M. Requisitos para la sedación en unidades de endoscopia digestiva. Recomendaciones de la Sociedad Andaluza de Patología Digestiva. *RAPD online.* 2019; 42 (1): 8-17.

12. Cabadas R, Raval JM, Gil de Bernabé MA, Guasch E, Aldecoa C, Echevarría M. Sedaciones en procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos: recomendaciones de calidad y seguridad. *Rev Esp Anesthesiol Reanim.* 2018; 65 (9): 520-524.
13. Bruguera M, Viger M, Bruguera R, Benet J, Arimany J. Reclamaciones por presunta negligencia relacionadas con endoscopia digestiva. Análisis de una casuística de 22 años. *Gastroenterol Hepatol.* 2011; 34 (4): 248-253.

**ESCASEZ DE ÓRGANOS Y DETERIORO O MUERTE  
DE LOS PACIENTES EN LISTA DE ESPERA.  
RIESGOS INHERENTES A LOS TRASPLANTES.  
RIESGO EN LA TRANSMISIÓN  
DE MATERIAL BIOLÓGICO.  
PROBLEMAS DERIVADOS DE LA  
URGENTE TOMA DE DECISIONES.  
REPERCUSIONES JURÍDICAS DERIVADAS DE LOS  
TRASPLANTES DE ÓRGANOS.  
EL MODELO ESPAÑOL**

**Rocío Martínez Gallardo**

*Facultativo Especialista en Nefrología. Unidad de Trasplante Renal.*

*Hospital Universitario de Badajoz*

*Vocal médicos de hospitales del icomBA*

## INTRODUCCIÓN

La donación es uno de los actos más solidarios que puedan existir; un regalo de vida para otras personas en uno de los momentos más difíciles por los que puede pasar una persona tras perder a un familiar querido.

La historia del trasplante está ligada al médico sudafricano Christian Barnard, clave al protagonizar el 3 de Diciembre de 1967 lo que entonces se consideró una odisea científica: trasplantar con éxito el primer corazón a una paciente de 53 años, el cual sobrevivió 18 días. Esta terapéutica, que entonces asombró al mundo, es hoy una actividad rutinaria que el año pasado salvó la vida de más de 7000 pacientes. Otro de los momentos históricos clave está unido al nombre del médico norteamericano Thomas Starzl, protagonista del primer trasplante hepático el 1 de Marzo de 1963.

En cada donación hay más de 100 profesionales implicados que intervienen en las diferentes etapas que van desde la detección del potencial donante al diagnóstico de muerte, evaluación del donante, mantenimiento del mismo, confirmación legal de la muerte, consentimiento para la donación, autorización legal si precisa, aspectos organizativos, extracción de órganos, trasplante y seguimiento de los pacientes de por vida.

El trasplante es el mejor tratamiento sustitutivo de un órgano no funcionando tanto en relación con la supervivencia como con la morbilidad y calidad de vida. Siéndolo también en lo relativo a la relación coste-beneficio, sobre todo en los de tipo renal.

Los fármacos inmunosupresores, en especial desde el desarrollo de los anticalcineurínicos, permiten la realización del trasplante con bajo riesgo de pérdida del mismo a corto plazo por rechazo. Además permiten salvar más barreras inmunológicas, siendo la compatibilidad donante receptor un factor cada vez menos limitante a la hora de realizar un trasplante. Esta situación nos ha permitido aumentar significativamente los donantes factibles para cada receptor, con el consiguiente incremento de pacientes en lista de espera (Lim *et al.*, 2009).

La mejora en las técnicas quirúrgicas con el desarrollo de la cirugía laparoscópica o mínimamente invasivas permite disminuir de forma importante la morbilidad del donante (*en casos de donación de vivo*) y así acortar el tiempo para reincorporarse a su vida y actividad física normal.

En el caso de la donación en vida de riñón, la experiencia en nefrectomía del donante es muy amplia en múltiples países, donde más del 40% de los trasplantes realizados lo son a partir de donante vivo. Esto ha permitido situar las cifras de morbilidad de

la donación alrededor del 2%, relacionándose con problemas respiratorios, de sangrado quirúrgico, infecciones en la herida, laceraciones esplénicas y trombosis venosas causantes de tromboembolismos pulmonares.

Las principales ventajas de la donación de vivo son: la idoneidad del órgano, ya que no está sometido al estrés de la muerte, menor tiempo de isquemia fría, posibilidad de ser planeado en el momento más adecuado para ambos actores; así como hacerlo prediálisis, evitando una intervención para realizar el acceso vascular, una mejor supervivencia del receptor y del órgano, mejores resultados de estos trasplantes y el hecho de acortar o no entrar en diálisis permite un aumento de la supervivencia del paciente a largo plazo. El donante de riñón tiene una compensación emocional, descubriéndose en ocasiones patologías potencialmente graves de forma muy precoz durante dicho estudio (*especialmente importante en patología neoplásica y enfermedades renales de carácter familiar*).

Los resultados del trasplante de vivo, en cuanto a supervivencia del injerto, son mejores que los del trasplante de donante cadáver. Se trata de órganos sanos, de donantes en perfecto estado de salud, casi siempre más jóvenes y no sometidos al daño que puede producir sobre el órgano la enfermedad que llevó a la muerte del donante o los fenómenos hemodinámicos, hormonales e inflamatorios que se producen en el momento del fallecimiento, ya sea por muerte encefálica o por parada cardíaca irreversible (*OPTN: Organ Procurement Transplant Network Annual Data Report & SRTR: Scientific Registry of Transplant Recipients 2011, Matas et al*).

El trasplante se realiza de forma programada y el receptor llega a quirófano con el nivel óptimo de inmunosupresión, ya que se ha podido iniciar la ingesta de inmunosupresores unos días antes de la fecha prevista para el trasplante (*suelen ser unas 48-72 horas antes*). Estos resultados se han demostrado mejores aunque el donante no esté familiarmente relacionado, siendo similar la supervivencia del riñón para el caso de esposos o donantes no relacionados genéticamente que para hermanos o familiares directos no idénticos inmunológicamente (*respecto al tipaje HLA*).

Los excelentes resultados de la donación de vivo y de los trasplantes de los distintos órganos han hecho que se realicen trasplantes fuera del amparo de la Ley; siendo la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) la que encabeza la lucha contra el turismo y el tráfico de órganos a nivel mundial. Se ha creado un Observatorio Mundial de Trasplantes, gestionado por la ONT en España y por designación de la OMS, para luchar contra esta lacra social de gran envergadura en algunos países que carecen de legislación adecuada y que atenta contra los derechos humanos de las personas

sometidas a estas prácticas, realizándose a menudo con deficiente control sanitario y fatal desenlace.

Los resultados de los trasplantes son, por otro lado, cada vez más favorables, ampliándose el número de pacientes candidatos al mismo de forma considerable en los últimos años. En muchas unidades se trasplantan de forma habitual receptores de más de 80 años, realizándose también retrasplantes. Ello supone, sin duda, un incremento en el pool de pacientes que esperan un órgano como tratamiento sustitutivo de su patología.

El tiempo que un paciente permanezca esperando un órgano hace que sufra un deterioro clínico importante, siendo primordial acortar el tiempo que pasan los pacientes en lista de espera con el fin de mejorar la supervivencia del paciente e injerto. El desequilibrio entre la oferta y la demanda de órganos ha llevado a distintas iniciativas tendentes a aumentar el número de donantes, tanto fallecidos como vivos. Admitiendo como donantes fallecidos a personas cada vez mayores y con patología asociada (*hipertensión, diabetes, arteriosclerosis...*), donantes fallecidos a corazón parado, donantes portadores de virus Hepatitis C y donantes vivos no relacionados. La lista de espera es actualmente un problema. El aumento de pacientes en la misma no puede ser solucionado con el número de trasplantes realizados, a pesar del esfuerzo realizado para aumentar el número de donantes por millón de población (pmp). Según datos del *Registro Nacional de Enfermos Renales* la prevalencia de la enfermedad renal terminal en tratamiento dialítico es de 415 pmp. Teniendo en cuenta que el 22% de estos pacientes son candidatos a trasplante renal, nos encontramos ante la necesidad de unos 100 trasplantes renales pmp para cubrir las necesidades: más del doble de nuestra actividad anual.

A pesar de que cada año somos líderes mundiales en donación y trasplante de órganos, la lista de espera sigue siendo un problema, siendo los órganos insuficientes para cubrir las necesidades existentes. Según datos de la Memoria de actividad de donación y trasplante, relativos a 2018, en España hay 7246 pacientes en lista de espera global para trasplantes renales para 3313 trasplantes realizados en 2018.

En cuanto al trasplante hepático, a final del año 2018 y según datos de la ONT, se trasplantaron 1230 hígados; 51 pacientes fallecieron, a 162 se les excluyó de la lista de espera y 386 pacientes permanecen activos en la lista de espera para trasplante. La evolución de los pacientes fallecidos en lista de espera para trasplante hepático ha descendido de forma significativa, desde el 6,7% del 2010 hasta un 2,8% en el 2018.

España lidera a nivel mundial el número total y la tasa anual por millón de población (pmp) de donantes de órganos, situándose en 48pmp en el año 2018. En los últimos años se ha producido un incremento de los donantes en asistolia. Por otra parte, siguen falleciendo entre un 5-10% de pacientes a los que no llega a tiempo un órgano, haciéndose necesario optimizar en lo posible las negativas familiares y judiciales.

La edad media de los donantes se sitúa en los 62 años, situación que hace complicado el transplante a personas jóvenes y motive por el que se ha implementado de forma fehaciente la donación de vivo.

Desde los años 80 se ha mejorado mucho en la actividad trasplantadora en nuestro país, realizándose 5321 trasplantes en 2018 repartidos entre intestinal, pancreático, pulmonar, cardíaco, hepático y renal. De esta manera, un transplante de 6 órganos constituye 55,8 años de vida ganados, y si lo desglosamos tenemos que un pulmón genera 2,1 años de vida ganados por donación; un riñón 7,2 años; transplante combinado de riñón y páncreas 12,9 años; corazón 14,5 años; hígado 16,1 años; y un donante promedio genera 30,8 años de vida ganados.

Los problemas de la lista de espera global son donantes insuficientes para suplir las necesidades de órganos y el aumento constante de la lista de espera con donantes cada vez mayores y pluripatológicos. Por todo ello, el plan de acción pasa por la optimización de la donación en muerte encefálica, la utilización de donantes con criterios expandidos, las técnicas quirúrgicas especiales, la promoción de la donación de vivo y el empleo de donantes en asistolia.

## **RIESGOS INHERENTES A LOS TRASPLANTES. RIESGO EN LA TRANSMISIÓN DE MATERIAL BIOLÓGICO**

El riesgo en la transmisión de material biológico es inherente a los trasplantes. Cuando hay poco tiempo para implantar un órgano y la isquemia apremia, se valoran las enfermedades infectológicas y neoplásicas más frecuentes, siguiendo las recomendaciones de la ONT, y se actúa de manera muy cautelosa. En esta situación el riesgo de transmisión es bajo, pero nunca puede ser cero.

En España existe un sistema de biovigilancia de órganos denominado Sistema Nacional de Notificación y Gestión de Reacciones y Eventos adversos en Donación y Trasplante de órganos. De manera sistemática y homogénea, el Estado recoge, notifica y da información sobre los riesgos identificados en el proceso. El objetivo último

es prevenir problemas de salud en los receptores de órganos y en donantes vivos asociados.

Puede existir la posibilidad de un proceso infeccioso, estatus serológico positivo o tumor maligno diagnosticado en un donante (*fallecido o vivo*), cuando al menos un órgano se ha trasplantado. Cualquier otra enfermedad o condición potencialmente transmisible diagnosticada en un donante, por ejemplo una metabopatía, puede unirse a las posibles reacciones adversas en los receptores de órganos o complicaciones graves en los donantes vivos.

El proceso se inicia con la detección del caso, la notificación, alerta a todos los implicados, investigación y evaluación, gestión de los casos y cierre del mismo cuando concluye la alerta.

### **BASES LEGALES PARA LA DONACIÓN Y TRASPLANTE**

El trasplante está regulado en España por la ley de Trasplantes 30/1979 y se desarrolla mediante el Real Decreto 2070/1999, 4 de Enero de 2000, modificado en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de Diciembre, artículo 8.

Además de las leyes nacionales, también existe una Directiva de la Unión Europea 2010/45/UE, de 7 de Julio. La legislación internacional dictamina sobre las normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplante con el fin de garantizar altos niveles de calidad y seguridad de dichos órganos amén de poner trabas al tráfico de órganos y a la trata de seres humanos con el fin de extraerles órganos.

Se garantiza el carácter altruista de la donación, el anonimato del donante y uso de criterios médicos en la distribución de los órganos de los pacientes en lista de espera. Esta ley exige que el donante sea mayor de edad, en el ejercicio de plenas facultades mentales y que haya sido previamente informado. Además, el donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente. Otros aspectos esenciales atañen a que sólo se podrán llevar a cabo en centros específicamente acreditados, no podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no pueden otorgar su consentimiento en la forma indicada; tampoco a menores de edad, aún con el consentimiento de sus padres o tutores, y en ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donante vivo, cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

Nuestra ley permite la donación en vida de órganos, siempre y cuando sea compatible con la vida y la función del órgano, o parte del mismo sea compensada por el organismo. Debe estar fundamentada en la seguridad para el donante, información y consentimiento del mismo, sin beneficio económico y motivación del donante sin hacerlo en situaciones desesperadas. Además de la ley 30/1979, se han desarrollado una serie de Reales Decretos que completan las circunstancias surgidas y que enumeramos a continuación:

- *Real Decreto 1723/2012*, de 28 de Diciembre, *artículo 8*, que regula las actividades para la obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados a trasplante y se establecen los requisitos de calidad y seguridad.
- *Artículo 3.12*, definición de donación como la cesión de los órganos para su posterior trasplante en humanos.
- *Artículo 3.13*, definición de donante fallecido: persona difunta de la que se pretende obtener órganos para su ulterior trasplante y que, de acuerdo con los requisitos establecidos en este Real Decreto, no hubiera dejado constancia expresa de su oposición.
- *Artículo 9*, desarrolla la legislación en relación a la donación de vivo. *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de Junio, por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de Noviembre, del Código Penal que introduce 3 modificaciones que afectan a las prácticas de extracción y trasplante de órganos.
- *Artículo 31*: responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho por sus representantes legales o administrativos de hecho o de derecho, lo que pueden permitir sanciones a entidades que participen, por ejemplo, en el tráfico ilegal de órganos (tanto en su fase de obtención como de trasplante).
- *Artículo 156*: los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con pena de prisión de 6 a 12 años si se tratara de un órgano principal y de prisión de 3 a 6 años si el órgano no fuera principal.
- Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en 1 o 2 grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

- Cuando de acuerdo con lo establecido en el *artículo 31*, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.
- *Artículo 177*: que impone penas por la trata de seres humanos para distintas finalidades, entre ellas la extracción de órganos corporales.

La OMS calcula que el 10% de todos los trasplantes realizados en el mundo se realizan bajo alguna forma de comercialización, en su mayoría en forma de turismo de transplante. Toda esta normativa y un Sistema Nacional de Salud con cobertura universal nos permiten una lucha incansable contra esta lacra social. Un ejemplo de lo anterior ocurrió en nuestro país cuando en 2017 se dictó sentencia de más de 6 años de prisión para cuatro personas que ofrecieron a un indigente 6000 euros para que donase un riñón.

## EL MODELO ESPAÑOL

Desde la creación de la ONT, España ha pasado de tener 14 donantes pmp hasta tener más de 40 pmp. Esto es, de estar en la parte media-baja de los índices de donación en Europa, a tener con diferencia el índice más elevado, no ya de Europa, sino del mundo. Este modelo Español nos ha situado en el mapa, y está siendo exportado e imitado en multitud de países para mejorar sus índices de donación y transplante.

Este modelo es un conjunto de medidas adoptadas para mejorar todo lo concerniente a la donación de órganos. El éxito del mismo se basa en el enfoque multidisciplinar; englobando aspectos legales, económicos, políticos y médicos.

Los puntos básicos que definen el modelo Español son:

La organización de la coordinación estructurada en tres niveles: nacional, autonómico y hospitalario.

La coordinación nacional y autonómica deben constituir una interfaz entre los niveles puramente administrativos y los profesionales. Todas las decisiones técnicas se toman por consenso en una comisión formada por los responsables de la coordinación nacional y de cada una de las autonomías (*Consejo interterritorial*). El coordinador hospitalario suele ser un médico con ocupación a tiempo parcial que debe ejercer su labor dentro del hospital y depender jerárquicamente de la dirección del

mismo (*no del equipo de trasplante*). Además, debe estar vinculado funcionalmente a la coordinación autonómica y nacional.

Igualmente debe existir una red de coordinadores de trasplante a tres niveles: nacional, autonómico y hospitalario, siendo quizás este último una de nuestras señas de identidad.

La ONT se constituye como una Agencia de Servicios proporcionando apoyo a todo el sistema. Esto implica la distribución de órganos, la organización del transporte, el manejo de las listas de espera, las estadísticas, la información general y especializada y en general cualquier acción que pueda contribuir a mejorar el proceso de donación y trasplante. Es muy importante el apoyo que prestan esta oficina central y algunas autonómicas, sobre todo a los pequeños hospitales en los que no es posible llevar a cabo todo el proceso sin su ayuda. Gran parte del esfuerzo está encaminado a la formación continuada y mantenida en el tiempo con cursos generales y específicos sobre cada uno de los pasos del proceso: detección de donantes, aspectos legales, entrevista familiar, aspectos organizativos, gestión, comunicación...

Es importante conseguir un clima positivo para la donación de órganos y con ello minimizar las negativas familiares. Es vital lograr una adecuada difusión que permita mejorar el conocimiento de la población sobre donación y trasplante. Dicho modelo, internacionalmente conocido y ampliamente descrito en la literatura científica, ha sido recomendado por la OMS y se está aplicando en diferentes partes del mundo con resultados muy similares a los obtenidos en nuestro país.

El modelo está amparado por una legislación que empieza con la Ley 30/1979, de 27 de Octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, con una clara definición de la muerte encefálica y parada cardiorrespiratoria, de las condiciones de extracción de los órganos, de la ausencia de motivación económica,... Este engranaje está además sustentado en un Sistema Nacional de Salud con cobertura universal, lo que evita de forma muy significativa las situaciones de tráfico y compra-venta de órganos en nuestro país.

El futuro en el que está trabajando la ONT, denominada *Estrategia 50 x 22*, busca alcanzar los 50 donantes por millón de población y los 5500 trasplantes en el año 2022. Conseguirlo sería un hito extraordinario, pues las posibilidades de mejora se van reduciendo de manera paulatina.

## CONCLUSIONES

- El trasplante de órganos restaura la salud de los pacientes y consigue reincorporarlos a su actividad diaria.
- La amplia aplicabilidad del trasplante es evidente en casi 100 países del Mundo que tienen programa de trasplante.
- Amplio beneficio social y económico.
- Donantes insuficientes para satisfacer la demanda de la lista de espera.
- “*El Modelo Español*” tiene controles que garantizan el altruismo, la voluntariedad y los principios éticos en la donación de vivo.
- Se debe luchar de forma enérgica y bajo el amparo de la Ley contra el tráfico de órganos, el turismo de trasplantes y la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos y transplante.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. A.J.Matas, J.M. Smith, M.A. Skeans, K.E. Lamb, S.K. Gustafson, C.J.Samana, D.E.Stewart, J.J.Snyder, A.K.Israni, B.L. Kasiske. Scientific Registry of Transplant Recipients, Mineapolis Medical Reserach Foundation. 2011 Annual Data Report
2. Collaborative transplant study website. Available at [www.ctstransplant.org](http://www.ctstransplant.org)
3. Delmonico F, Council of the Transplantation Society. A report of the Amsterdam Forum On the Care of the Live Kidney Donor: Data and Medical Guidelines. *Transplantation* 2005;79 (6 Suppl):S53-66
4. Ethics Comimittee of the Transplantation Society. The consensus statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor. *Transplantation* 2004;78:491-2
5. Ibrahim HN, Foley R, Tan L, Rogers T, Bailey RF, et al. Long term consequences of kidney donation. *N. Engl J Med* 2009;360:459-69
6. Matesanz R, Marazuela R, Dominguez-Gil B, Coll E, Mahillo B, et al. The 40 donors per million population plan: an action plan for improvement of organ donation and trasplantation in Spain. *Transplant. Proc.* 2009;41(8):3453-6
7. Meier-Kriesche HU, Port FK, Ojo AO, Rudich SM, Hanson JA, et al. Effect of waiting time on renal transplant outcome. *Kidney Int.* 2000;58:1311-17
8. Organ procurement and Transplantation network website (OPTN & SRTR Annual Data Report 2011). Available at [optn.transplant.hrsa.gov/](http://optn.transplant.hrsa.gov/)
9. Wolf JS Jr, Merion RM, Leichtman AB, Campbell DA Jr, Magree JC, et al. Randomized controlled trial of hand-assisted laparoscopic versus open surgical live donor nephrectomy. *Trasplantation* 2001;72:284-90
10. Boudville N, Prasad GV, Knoll G, Muirhead N, Thiessen-Philbrook H, Yang RC, Rosas-Arellano MP, Housawi A, Garg AX, et al. Donor Nephrectomy Outcomes Research (DONOR) Network. 2006;145:185-96
11. Memoria de actividad donación y transplante (ONT, relativa a donación y transplante año 2018
12. Actuación de Médico Forense en la donación y transplante de órganos. Revisión Bibliográfica. *Rev. cienc. Forenses Honduras*, Volumen 3, Nº1, año 2007
13. R. Teijeira. Legal aspects of transplant and donation. *An. Sist. Sanit. Navar.* 2006. Vol 29, Suplemento 2

14. P. Gillén. Donación de órganos en cadavers fallecidos por arma blanca y arma de fuego
15. M. Alonso Gil. La importancia de la actuación médico-legal en la donación y el transplante de órganos y tejidos

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO  
DEL PACIENTE.  
PARÁMETROS Y REQUISITOS  
EN TRAUMATOLOGÍA**

**Inés F. Alejandro Corral**

*Médica Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología  
Jefa de Sección del Complejo Hospitalario Universitario de Badajoz  
Vocal de la Comisión de Deontología Médica del icomBA*

Desde el último tercio del siglo XX se comenzó a potenciar la autonomía del paciente y sus derechos personales en el ámbito de la relación sanitaria. Desde este momento, la toma de decisiones, sobre todo lo relacionado a la enfermedad, pasa a ser una cuestión compartida entre médico y paciente y se convierte en el eje de cualquier intervención en el ámbito de la salud. Ello exige establecer un proceso de deliberación con el propio paciente, para así poder llegar a conocer la coincidencia entre lo que el médico entiende mejor para el paciente y lo que el paciente entiende como mejor para su persona. Así se constituye el Consentimiento Informado (C.I.) como *“el modelo de relación éticamente vigente en la actualidad”*.

En las Jornadas celebradas en 2013 en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz con la posterior publicación del libro *“Informar para consentir. Responsabilidad del médico”* se resaltaba la importancia de la Información que debe aportar el médico y el resto de profesionales sanitarios, para que posteriormente el paciente pueda dar su consentimiento a la asistencia médica o sanitaria propuesta<sup>1</sup>.

Resulta interesante el artículo publicado en Revista Médica hace unos años *“Los cuatro errores sanitarios que llenan los juzgados”*<sup>2</sup>, en el que se recoge como dato de interés que en la actualidad, siete de cada diez demandas son por defectos en el Consentimiento Informado. La obligación de informar al paciente ha derivado en una mayor protocolización del modelo, que ha provocado a su vez un aumento de la desconfianza entre médicos y pacientes. Además, la aprobación del paciente sólo es válida cuando éste recibe una información completa, por lo que muchos de los formularios genéricos que firman los pacientes en el momento de la entrada en el hospital no sustituyen al consentimiento y no tienen la misma validez legal.

Según el Código de Deontología Médica de 2011<sup>3</sup> en su artículo 16, *“la información al paciente no es un acto burocrático sino un acto clínico”*. Debemos resaltar que el C.I. no es un documento defensivo sino un documento, que cuando está bien cumplimentado, es una constatación de que estamos haciendo bien nuestro trabajo.

## **PARTICULARIDADES EN COT (CIRUGÍA ORTOPÉDICA Y TRAUMATOLOGÍA)**

La COT es una de las especialidades más reclamadas por su amplitud y complejidad. Las condenas por deficiente información (14,9%) son elevadas siendo fundamental una adecuada comunicación médico-paciente y rellenar correctamente el C.I. (4).

En la práctica de la COT existen particularidades que conviene señalar y que hacen que esta especialidad sea muy proclive a las reclamaciones por responsabilidad profesional:

- Pacientes con características especiales como los politraumatizados en los que la comunicación médico paciente es inexistente y la atención que precisan es multidisciplinar participando variadas especialidades médicas y quirúrgicas incrementándose el riesgo de reclamaciones judiciales.
- Fracturas tratadas de urgencia cuyo tratamiento se realiza en condiciones difíciles y adversas.
- Tratamiento de adultos jóvenes que esperan mayores expectativas del resultado tras el tratamiento.
- Empleo de implantes (prótesis y material de osteosíntesis).
- Necesaria la colaboración activa del paciente en el tratamiento (rehabilitación...)
- Existencia de numerosas subespecialidades en la Traumatología y Cirugía Ortopédica con gran número de procedimientos específicos (mano, columna, pie. . .) <sup>4</sup>.

## CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Hay muchas Definiciones de Consentimiento informado. Entre ellas he elegido varias que me parecen las más demostrativas

- El Profesor Cerrillo<sup>5</sup>, entiende por consentimiento el acuerdo entre dos voluntades.
- El Profesor Villanueva Cañadas<sup>6</sup> lo define como el *“requisito inexcusable para la práctica de cualquier terapéutica médica o quirúrgica, o exploración o prueba diagnóstica que signifique el más mínimo riesgo físico o moral para el sujeto”*.
- Ya en 1984, El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos<sup>7</sup> definía al C.I. con los siguientes términos: Explicación a un paciente atento y normalmente 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 del paciente.

- Luis Carlos Martínez Aguado<sup>8</sup> lo refiere como un proceso de comunicación verbal continuo entre las dos partes coprotagonistas en el acto clínico: el médico y el paciente.
- En la página web de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología<sup>9</sup> se define como un procedimiento, generalmente quirúrgico, para aplicar el principio de autonomía al paciente, con los tres requisitos necesarios: voluntad, información y comprensión; es decir, que el paciente decida con libertad someterse al tratamiento ofrecido explicando lo que se le va a hacer, sabiendo lo que puede ocurrir y conociendo las posibles alternativas al tratamiento propuesto. Además, informar de los beneficios y riesgos del acto quirúrgico en términos fáciles de comprender tanto para el paciente como para sus familiares.

## DESARROLLO LEGAL DEL CI EN TRAUMATOLOGÍA

El desarrollo legal del CI fue en EEUU de América principalmente, pero la primera norma que exigía el consentimiento previo a un tratamiento ocurrió en Inglaterra en 1767 en el caso Slater contra Baker y Stapleton y en un caso de Traumatología.

El paciente interpuso una acción legal contra estos dos ortopedistas, que asistieron a un paciente con fractura de evolución tórpida y tratada con vendajes. Deciden retirarlos, refracturar y colocar aparato ortopédico experimental para alinearla, sin haber obtenido su consentimiento. La Corte condenó a los dos médicos y falló a favor del paciente diciendo: *“es razonable que un paciente debería ser informado de lo que se le va a realizar, para que se arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontar la operación”*<sup>10</sup>.

## INFORMACIÓN MÉDICA Y CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE EN TRAUMATOLOGÍA Y CIRUGÍA ORTOPÉDICA

En la Tesis Doctoral *“Información médica y consentimiento del paciente en Traumatología y Cirugía Ortopédica”*<sup>11</sup> se realiza un estudio de tipo descriptivo transversal

con una encuesta con 41 preguntas que se dirige a los facultativos especialistas y a los residentes de Traumatología y Cirugía Ortopédica de 8 hospitales de la Comunidad de Extremadura. Estas preguntas se estructuran en diferentes puntos de análisis y discusión

1. Cuestiones generales.
2. Información del Médico traumatólogo al paciente.
3. Complimentación del Documento por parte del Médico traumatólogo.
4. Responsabilidad profesional, tanto legal como deontológica, respecto al cumplimiento del Consentimiento Informado.
5. Valoración del CI en situaciones especiales.

El primer punto de análisis es el general que incluye cuestiones legales y deontológicas. Se analizó en primer lugar la pregunta *¿Conoce la Ley de autonomía del paciente, en la que se regula el Consentimiento Informado?*

Los resultados obtenidos nos indican que un 51,67% de los Traumatólogos reconocen abiertamente no conocer la indicada norma legal. Nuestros resultados no resultan muy diferentes al trabajo que sobre el conocimiento que se tiene de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP), fue realizado por parte del personal médico y de enfermería implicado en el proceso quirúrgico en dos hospitales de Sevilla<sup>12</sup>, llegando a la conclusión de que el 69,8% reconoce no conocer la Ley de Autonomía.

Al desglosar según la actividad profesional, es interesante el hecho de que los médicos que sí manifiestan tener conocimientos de la citada norma legal, son un 84,6% de los Médicos Residentes, frente a un escaso 36,1% de Médicos Adjuntos. Es similar a lo publicado por Zavala<sup>13</sup> que concluye que el conocimiento teórico sobre consentimiento informado, en relación a objetivos y características de la información que está obligado a dar el médico, fue significativamente mejor en médicos más jóvenes. Una interpretación a este dato sería que el Consentimiento Informado constituye actualmente una enseñanza habitual en las facultades de Medicina por parte del área de conocimiento de Medicina Legal lo que genera un compromiso y una responsabilidad para estos docentes.

En relación a la pregunta *¿Conoce el Código de Deontología Médica de 2011?*, es relevante el desconocimiento que los médicos analizados presentan con respecto al Código, un 70%, siendo el % similar entre adjuntos y residentes.

Concretamente y con respecto a la ética, el Dr. Gonzalo Herranz en sus comentarios al Código Español de Ética y Deontología Médica de 1990<sup>14</sup>, hacía referencia al poco conocimiento que existe sobre este Código entre los médicos españoles y sería importante realizar una investigación seria que midiera el grado de conocimiento y de aceptación del Código. A su vez resaltaba el lamentable vacío en la educación deontológica de los estudiantes de Medicina y la necesidad de intensificar la presencia del razonamiento ético en nuestros hospitales y consultorios.

A esto habría que añadir la falta de educación en esta materia durante el periodo de residencia de la especialidad, a pesar de estar recogida en los programas de la especialidad; lo cual implica una llamada de atención a los responsables docentes de la Ética médica y la Deontología<sup>15</sup>.

El segundo punto de análisis es el referido a la información y a la importancia que ésta tiene en el proceso asistencial. La propia Ley 41/2002<sup>16</sup> regula específicamente este apartado. También lo hace el Código de Deontología Médica 2011<sup>3</sup>, en su artículo 16.1 donde se eleva la información a la categoría de acto clínico.

Cardoso<sup>17</sup> refiere que la Cirugía Ortopédica y Traumatología es una especialidad de alto riesgo judicial. Concluye que la mala información plasmada en un deficiente o inexistente CI previo a la intervención es un factor clave en las condenas por mala praxis.

En relación a la pregunta *¿Conoce los supuestos en que Consentimiento Informado debe ser verbal y cuando escrito?*, los resultados obtenidos, en nuestro Trabajo, nos indican que un 41,67% de los médicos especialistas en COT no diferencian los supuestos en que el CI debe ser verbal o escrito.

Tanto los procesos de información médica como de consentimiento por parte de los pacientes, se desarrollan básicamente a través del intercambio verbal<sup>18</sup>. Sin embargo, algunos aspectos de estos procesos deben quedar registrados y documentados por escrito. En este sentido en la Ley 41/2002<sup>16</sup> se establece que la información será escrita para casos como: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El tercer punto de análisis es el referido a la cumplimentación del documento. En principio hay que partir del hecho de que el protocolo de cumplimentación del CI es un mecanismo establecido para salvaguardar la autonomía del paciente, y no solamente para fijar la protección legal del médico, que también. Se concibe el docu-

mento de consentimiento informado como el soporte documental de un determinado y específico proceso clínico, que trata de autentificar y certificar que la información más relevante ha sido dada por el traumatólogo y recibida por el paciente.

En este apartado llama la atención las respuestas dadas al preguntar *si al ir a realizar una intervención programada y ver que no estaba el CI, "se lo ha hecho firmar en ese momento", ya que la respuesta afirmativa es un llamativo 66,67%, de los que un 72,34% corresponde a médicos adjuntos de COT y un 46,15% a médicos residentes.*

En relación al momento en que debe prestarse el consentimiento, el magistrado Rodríguez Fernández<sup>19</sup> indica que no está determinado legalmente a nivel nacional, aunque sí lo está en algunas legislaciones autonómicas como en la Comunidad Valenciana donde su legislación establece que *"La información se facilitará con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trata de actividades urgentes"*.

También en la Ley 3/2005 de la Comunidad de Extremadura<sup>20</sup> en el artículo 28.3 *"Se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización"*

De todo el conjunto de resultados obtenidos, concluimos que el grado de cumplimiento del Documento de Consentimiento Informado en nuestro ámbito de estudio, puede ser calificado de deficiente, no realizándose con total corrección, pudiendo quedar en entredicho la buena práctica médica y la defensa del principio de autonomía de los pacientes.

Según el Código de Deontología Médica de 2011<sup>3</sup> en su artículo 16 del capítulo III sobre relaciones del médico con sus pacientes: *"la información al paciente no es un acto burocrático sino un acto clínico"*.

El cuarto punto de análisis es el referido a la responsabilidad. En la actualidad, siete de cada diez demandas son por defectos en el Consentimiento Informado.

En relación a la pregunta *¿Piensa que es adecuado encomendar la información sobre CI a un residente?* se nos presenta una cuestión muy interesante y delicada en relación a la participación de los residentes en el proceso de información al paciente.

Un 55% de los encuestados de COT pensaban que era adecuado encomendar la información sobre CI a un residente, un 53,19% de adjuntos frente a 61,53% de residentes.

En el art. 63.3 del CDM<sup>3</sup>: *“Los médicos en formación podrán realizar las tareas propias de su periodo formativo siempre que las mismas se hagan bajo supervisión del médico docente.”*

Sánchez Cozar<sup>21</sup> en su ponencia sobre uso del CI en el Servicio de Traumatología del Hospital de Albacete, expone un estudio realizado sobre el empleo del CI por residentes de enero a marzo de 2014. Sus resultados reflejan que un 32% dan CI de patología que supera su formación o conocimiento esperado según el programa de la especialidad. Ello les lleva a plantearse si la participación de los residentes en el proceso de información al paciente conllevaría la posible vulneración de la Ley de Autonomía del paciente en relación al hecho de no aportar una *“información completa”*. Esta vulneración no se produciría si el residente informara solo de procedimientos que estén en su nivel de formación o conocimiento según su año de residencia. Es cierto que la Ley no menciona a residentes, ni se les nombra en sentencias, pero se preguntan al final de la exposición si al informar el residente se está faltando al apartado de la Ley de aportar *“información completa y veraz”*.

El quinto punto de análisis es el referido a los casos especiales o de peculiaridades del paciente. Nos referiremos en este apartado a las situaciones en las que se otorgará el Consentimiento por Representación, o que pudiera ser necesario otorgarlo.

Vamos a analizar lo que ocurre en el caso concreto del paciente anciano.

Nuestro trabajo refleja que a un 43.33% de los facultativos de COT se le *plantean dudas en el CI en el paciente anciano*. La pregunta es: ¿son los ancianos o adultos mayores una población vulnerable? Si bien se reconocen sus derechos, por un mero convencionalismo social se les niega *a priori la posibilidad de ejercerlos, por el solo hecho de ser ancianos. Así, en el ámbito de la atención de salud del anciano, tradicionalmente se ha recurrido a terceros para tomar decisiones, ya que existe la tendencia natural a establecer la relación “médico-paciente” con el acompañante y no con el adulto mayor*<sup>22</sup>.

Según Clerencia<sup>23</sup> el desarrollo demográfico actual significa un aumento en el número de ancianos dependientes. Esto está sucediendo al mismo tiempo que el cambio en la estructura familiar tradicional, los valores y actitudes, el aumento en los costes sanitarios y la consideración cada vez más importante de la autonomía del individuo. Todos estos factores implican la existencia de conflictos entre el cuidado y atención necesarios, de un lado, y el respeto a la autonomía del anciano dependiente, de otro.

Otros autores como Barrantes-Monge<sup>24</sup> indican en este mismo sentido que existen prejuicios en relación con la vejez, incluso entre los profesionales que se dedican a la gerontología. Uno común y peligroso es considerar que los “viejos” son todos enfermos o discapacitados. *Concluye que el anciano competente debe decidir en cuestiones de salud, según sus deseos y tras su consentimiento informado y voluntario, aunque la prudencia parece pedir un marco de toma de decisiones y responsabilidades compartido entre médico y anciano. Cuando el anciano es incompetente, la decisión se traslada a un familiar cercano que actúa como su representante. Si hay conflicto entre el adulto mayor competente y el médico o entre el médico y el representante familiar, el médico debe actuar siempre en el mejor beneficio del paciente. Una de las mejores formas de respetar los derechos de los adultos mayores es que estos sean atendidos por médicos competentes, es decir, profesionales con algún grado de conocimiento de la psicología y biología de la vejez, tomando en cuenta los cambios que estas personas experimentan.*

Tomando como base lo anterior, León Sanz<sup>25</sup> nos refiere que un alto porcentaje de los pacientes que atiende el ortopedista y traumatólogo es mayor de 65 años. La COT geriátrica tiene muchos elementos en común con la infantil.

Algunas de las conclusiones de este trabajo serían:

- Insuficiente conocimiento sobre la normativa básica que regula el C.I., lo que plantea la necesidad de formación.
- El C.I. no se adecúa a las características de cada paciente, utilizando de forma general documentos comunes para todos ellos, aunque por el contrario sí hay un ajuste de la información a la capacidad de cada uno.
- Teniendo en cuenta que ningún Documento de Consentimiento Informado escrito sustituye a una información dada de forma verbal, los facultativos de COT no conocen con precisión y claridad cuando el consentimiento es válido otorgado verbalmente y cuando, además, debe quedar reflejado por escrito.
- Consideramos que las Sociedades Científicas, y específicamente a la Sociedad Española de COT, deben velar para que los Documentos de Consentimiento Informado se actualicen periódicamente, y que se adecuen a las variedades quirúrgicas correspondientes a la especialidad. El objetivo fundamental debe ser que recojan la información suficiente y necesaria para elegir lo que el paciente considere lo más favorable para él.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Casado Blanco M, De Lorenzo y Montero R, Del Moral García A, Galán Cáceres JC, Gil Nieto R, Guerrero Zaplana J, et al. Informar para Consentir. Responsabilidad del Médico. Badajoz. Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Badajoz. 2013.
2. Martínez R. Los cuatro errores sanitarios que llenan los juzgados. Revista Médica, no 162. dic. 2013. Disponible en: < <http://www.rmedica.es/edicion/162/los-cuatro-errores-sanitarios-que-llenan-los-juzgados> > [Consulta 23-11-2019].
3. Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica de la Organización Médica Colegial” del año 2011.
4. Cardoso-Cita Z, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, Labajo-González ME, López-Durán L, Marco-Martínez F, et al. Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011. Rev Esp Cir Ortop Traumatol. 2016; 60: 29-37.
5. Cerrillo J. Consentimiento. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, V. Barcelona; 1976.
6. Gisbert Calabuig JA. Medicina legal y toxicología. 6ª ed. Barcelona: Masson S.A.; 1998.
7. Simón Lorda P y Concheiro Carro L. El consentimiento informado: teoría y práctica (I y II), Med Clin (Barc). 1993; 100:659-663 y 101:174-182.
8. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2012/01/16/actualidad/1326737201\\_577466.html](https://elpais.com/sociedad/2012/01/16/actualidad/1326737201_577466.html), [Consulta 01-11-2019].
9. Disponible en: [https://www.secot.es/consentimiento\\_informado.php](https://www.secot.es/consentimiento_informado.php) [Consulta 01-11-2019].
10. Appelbaum PS, Lidz CW, Meisel A. Informed Consent. New York: Oxford University Press, 1987.
11. Alejandro Corral, IF. Información médica y consentimiento del paciente en Traumatología y Cirugía Ortopédica. [Tesis Doctoral]. Badajoz: Universidad de Extremadura. 2016.
12. Fernández Garrido C, Lopera Uribe GE, Méndez Pérez L, Otero Espiga A, Gallardo Abril M. G, Lagoa Elías C. Conocimiento de la ley de autonomía del paciente por el personal médico y de enfermería implicado en el proceso quirúrgico. Enfermería Clínica 2009, 19(6), 330-334

13. Zavala S, Sogi C, Delgado A, Cárdenas M. Consentimiento informado en la práctica médica: Factores asociados a su conocimiento en una población de médicos peruanos. *Anales de la Facultad de Medicina UNMSM. Facultad de Medicina*, 71(3):171-178.
14. Herranz G. *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*. Ediciones de la Universidad de Navarra S.A. Eunsa. Pamplona 1992
15. Programa oficial de la especialidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología. ORDEN SCO/226/2007, de 24 de enero, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología y sus Áreas Específicas. Publicado en: «BOE» núm. 33, de 7 de febrero de 2007, pp. 5751-5755.
16. 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.
17. Cardoso Cita Z, Manrique Gamo E, Galeote Rodríguez JE, Perea Pérez B, Santiago-Saéz A, López-Durán L. Aspectos médico-legales de la patología del pie. *Rev Pie Tobillo*. 2015; 29(1):27-32.
18. Laín P. *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*. Madrid: Alianza, 1983.
19. Rodríguez Fernández R. "El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial". XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 22 al 24 de octubre de 2.009
20. Ley 3/2005 de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente.
21. Sánchez Cozar L, Ros Ample T, Losa Palacios S, Jiménez Ortega P, Achaerandio de Nova A, Delgado Mateo R, González Montero B. Uso del consentimiento informado en el Servicio de Traumatología del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete. XX Congreso de la Sociedad Española de Investigaciones Quirúrgicas. Albacete 23 y 24 de octubre de 2014. VIDEO disponible en: <<http://www.chospab.es/mediateca/videos/1711/uso-del-consentimiento-informado-en-el-servicio-de-traumatologia-del-complejo-hospitalario-universitario-de-albacete>> [Consulta 01-11-2019].
22. Bórquez B. Consideraciones legales en la atención del anciano: el consentimiento informado. *Medwave*. 2007;7(09). Disponible en: < <http://www.med->

[wave.cl/link.cgi/Medwave/Enfermeria/Enfgeriatrica/8/2746](http://wave.cl/link.cgi/Medwave/Enfermeria/Enfgeriatrica/8/2746)> [Consulta: 01/11/2019]

23. Clerencia Sierra M, Galindo Ortiz de Landázuri J, López Fornies A, Iturralde García de Diego F. Aspectos éticos. En: Tratado de geriatría para residentes. Madrid: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología. Coordinación editorial: International Marketing & Communication, S.A. (IM&C); 2006.
24. Barrantes-Monge M. Rodríguez E. Lama A. Relación médico-paciente: derechos del adulto mayor. *Acta bioethica*. 2009; 15(2): 216-221.
25. León Sanz P. Ética médica y cirugía ortopédica y traumatología. *Trauma*. 2010; 21(1): 65-74.

# **ASPECTOS MÉDICOS LEGALES EN TRAUMATOLOGÍA Y CIRUGÍA ORTOPÉDICA**

**María Teresa Porcel López**

*Médico Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica.  
Complejo Universitario Hospitalario de Badajoz*

Los problemas legales derivados del ejercicio de la medicina no son de reciente aparición y ya en la antigüedad existieron leyes que intentaban regular el ejercicio de la profesión médica, el Código de Hammurabi, el conjunto de leyes más antiguo que se conoce habla de los cirujanos, cuya actividad aparecía regulada mediante honorarios y castigada cuando se cometían errores. Establecía la pena de cortar las manos al cirujano que provocaba una herida grave a un hombre notable o que producía ceguera luego de una operación de catarata.

En el antiguo Egipto, el Libro de Toth, de reglas profesionales, condenaba a muerte a los médicos que provocaban daño por apartarse de las normas establecidas.

En 1140, el rey normando Roger tuvo la inquietud de controlar la responsabilidad médica y decretó que: *“...quien desee ejercer la medicina deberá presentarse ante nuestros oficiales y examinadores para someterse a su juicio. De esta manera velamos para que nuestros súbditos no se vean expuestos a la inexperiencia de los médicos”*. Quizás éste sea el primer contralor estatal sobre la actividad médica (Ferrerres, 2000).

En la actualidad existe un aumento importante en el número de pleitos judiciales e indemnizaciones derivadas del ejercicio de la medicina, tendencia que ha seguido nuestro país con algunas diferencias con respecto a países anglosajones, ya que mientras en países como UK Cirugía Ortopédica figura como la 4ª especialidad más demandada (Pokrywka, 2012), en España es la especialidad más demandada de todas. (Sanit & Cirug, 2013), (Perea Pérez, Santiago Sáez, Labajo González, Albarrán Juan, & Sánchez Sánchez, 2009), (Cirugía ortopedica y Traum atología acumularon más reclamaciones de responsabilidad sanitaria en 2016-1, n.d.).

Estudiar las causas que nos han llevado a este incremento de las demandas contra la profesión médica y en concreto en la especialidad de C. Ortopédica y Traumatología se hace necesario, para de este modo establecer pautas que nos ayuden a prevenir conflictos médicos legales.

Algunas de las causas que explicarían este incremento de demandas en nuestra especialidad están íntimamente relacionadas con ciertas particularidades de la misma, algunas de las cuales son las siguientes:

1. Urgencias frecuentes. Los traumatólogos se ven apremiados a instaurar tratamientos a veces definitivos bajo condiciones difíciles para la preparación ideal del paciente. el médico tratante no es el mismo que inicia la atención, expone al traumatólogo a una baja comunicación con el enfermo, pues en re-

alidad la información necesaria para definir y realizar el tratamiento ya ha sido preestablecida por el médico general del servicio de urgencia. Este defecto de información es una de las principales causas que originan una demanda.

2. Condiciones de trabajo desfavorables. En ocasiones los médicos nos vemos obligados a atender a un elevado número de pacientes en un corto espacio de tiempo, lo cual dificulta una adecuada relación médico-paciente y crea un clima donde cometer errores sea más probable.
3. Utilización de prótesis y materiales de osteosíntesis. Ante una demanda basada en daños producidos por implantes defectuosos el profesional deberá probar su diligencia, prudencia y pericia en la selección y manejo de los materiales ya que puede ser hallado responsable por cualquier daño originado en fallos del material.
4. Destreza manual específica. El traumatólogo necesita un conocimiento especial para el uso y manejo de implantes en el tratamiento del paciente, siendo en ocasiones demandado por falta de experiencia o manejo de dichos dispositivos.
5. Precisa de una estrecha colaboración del paciente. A menudo el resultado de un tratamiento necesita del cumplimiento por parte del paciente de una serie de medidas y régimen de rehabilitación específico para conseguir un resultado satisfactorio.
6. Altas expectativas por parte del paciente. Frecuentemente se trata de pacientes jóvenes y activos que ponen unas expectativas demasiado elevadas en los resultados de una cirugía, esto hace que la comunicación entre el traumatólogo y el paciente sea muy importante, especialmente aquella derivada de la obtención del consentimiento informado, donde debe explicarse bien el procedimiento, sus objetivos, complicaciones y resultados esperables.
7. Atención multidisciplinaria frecuente. Es normal la participación de varios especialistas en el tratamiento de un paciente politraumatizado, hecho que dificulta a veces la comunicación clara y efectiva que se debe ofrecer al paciente y a su familia por parte del traumatólogo, facilitando en ocasiones algún comentario negativo a cerca del diagnóstico o tratamiento realizado por otro facultativo interviniente, lo que ocasiona el inicio de una demanda.
8. Numerosas subespecialidades. Traumatología es una especialidad dividida en numerosas subespecialidades, por tanto el paciente puede alegar en caso de

disconformidad con su tratamiento o diagnóstico el hecho de no haber sido derivado a otro especialista con una experiencia mayor en su patología.(Fabian Vítolo., 2009).

Otros autores (Ferrerres, 2000) aluden a unas causas generales a todas las especialidades médicas que explicarían el aumento de demandas judiciales contra médicos, tales como;

- Déficit en la relación médico-paciente.
- Despersonalización de la medicina.
- Conocimiento del tema a través de los medios de difusión.
- Mayor exigencia de resultados favorables.
- Ignorancia de los riesgos y del eventual desarrollo de complicaciones.
- Interés pecuniario de las partes.
- Existencia de abogados y colegas médicos, que no dudan en sugerir la iniciación de un pleito.

En la actualidad, tras la reforma del Código Penal, es doctrina unánime que en los delitos de lesiones se protege la salud de las personas, entendida la salud en un sentido subjetivo, como bienestar físico y psíquico, no objetivo.

La conducta será penalmente irrelevante siempre que el profesional sanitario, habiendo obtenido el consentimiento, cumpla con su deber de cuidado, aun cuando no se obtengan los resultados pretendidos. Ello es así porque la actividad médico-quirúrgica es una obligación de medios y no de resultados.

El consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito necesario para que la intervención médica no sea directamente calificada como un delito de lesiones, sentencia del Tribunal Constitucional, entre las que podemos citar la STC 37/1989, de 15 de febrero o la STC 120/1990, de 27 de junio.

Se excepciona de la exigencia de consentimiento informado los supuestos de urgencia y aquéllos en los que, por ley, por razones de salud pública, se establezca un tratamiento obligatorio. (Hava García, Esther, 2001).

Definimos como “*Mala Praxis Médica*” como una desviación de los estándares aceptados de cuidados, que ocasionan un daño en la salud del paciente y deben darse las siguientes circunstancias:

1. Violación de los estándares de cuidados.
2. Nexo de causalidad.
3. Daño real o efectivo, no potencial o posible. (León Sanz, 2008).

La responsabilidad profesional médica, es la obligación que tiene el o la profesional que ejerce la profesión médica de responder ante la justicia por el o los daños ocasionados al paciente como resultado del ejercicio de su profesión, siendo responsable de su:

- Imprudencia o ignorancia.
- Omisión de cuidados razonables.
- Por no haber empleado su mejor juicio. (Lascaiz Jiménez, Ricardo, 2000).

Esta responsabilidad que tiene el médico puede ser de tipo penal o civil;

1. Penal: Es personal, el médico responde por sí mismo, se persigue una sanción personal (multa, pena de prisión o inhabilitación).

El plazo de prescripción es de tres años derivados de un delito de homicidio y de dos años por uno de lesiones. Entre las conductas consideradas delito figuran:

- Negligencia.
  - Imprudencia.
  - Impericia.
2. Civil; Es aquella derivada de la relación contractual entre el médico y su paciente, en esta relación contractual el médico tiene una obligación de medios o resultados en función de su especialidad con el fin de curar al paciente, en esta relación puede existir un tercero como por ejemplo la institución que emplea al médico, lo que se persigue es compensar al paciente por los daños ocasionados de manera patrimonial y la demanda puede ser iniciada por cualquiera de las partes, el plazo de prescripción es de diez años (Ferreres, 2000).

La evolución cronológica en aumento de sentencias judiciales es abrumadora en España, incrementándose de 30 antes de 1990 a 1837 en el periodo comprendido entre el año 2000 al 2010, siendo el defecto de información o su déficit el problema causante del inicio de la demanda en la mayoría de los casos (Perea-Pérez et al., 2013).

La falta de comunicación entre el médico y el paciente que genera un defecto o déficits de información ocasiona el 70% de las demandas judiciales, siendo los defectos en la obtención del consentimiento informado aquellos que ocasionan el mayor número de sentencias condenatorias, en concreto 5 de cada 6 demandas originadas por este motivo resultan condenatorias (Zulema Cardoso, 2015).

Una buena comunicación entre médico y paciente se ha relacionada con una mejor satisfacción por parte del paciente, un mejor cumplimiento y adherencia al tratamiento, así como a mejores resultados (Neuwirth ZE, 1999).

En 1998 la Sociedad Americana de Cirujanos Ortopédicos realizó una encuesta sobre 807 pacientes y 700 cirujanos ortopédicos, de acuerdo a esta entrevista los pacientes evaluaron a los cirujanos ortopédicos como profesionales con una elevada cualificación técnica pero escasa capacidad comunicativa, en concreto mientras que el 75% de los cirujanos ortopédicos respondieron que tenían una adecuada habilidad comunicativa, sólo el 21% de los pacientes respondieron haber tenido una adecuada comunicación con sus cirujanos. En ítem dónde existía una mayor diferencia de opinión entre médicos y pacientes fue en la capacidad de cuidados, escucha y el tiempo dedicado a la entrevista médica (Frymoyer JW, 2002). La deficiencia más importante en los cirujanos ortopédicos fue la falta de empatía (Levinson W, 1997).

Tras la constatación de esta deficiencia de habilidades comunicativas, a partir del año 2005 en las facultades americanas de Medicina los estudiantes comenzaron a recibir formación en comunicación, así como en los programas de residencia y especialización (Tongue JR, 2005).

La mejor manera de demostrar que ha existido una clara comunicación con el paciente es a través de la historia clínica y el consentimiento informado, la historia clínica es la prueba fundamental, se trata de un documento público, debe ser completa, legible, actualizada, rubricada y una auténtica hoja de ruta con una secuencia lógica que explique sin fisuras la actuación del médico en la atención a su paciente (Ferreres, 2000).

Otros errores que pueden ser causa del inicio de una demanda son los errores en el diagnóstico o mal seguimiento clínico. La doctrina y jurisprudencia penal parten, por regla general de que el error en el diagnóstico carece de relevancia jurídico-penal, salvo cuando, por su entidad y dimensión, constituya una equivocación inexcusable.

En relación con el error de diagnóstico hay que destacar: a) la importancia de la anamnesis: errores u omisiones en la realización del historial clínico del paciente; b)

la posibilidad, de acuerdo con los medios existentes y los protocolos de cada centro, de realizar determinadas pruebas; c) la dificultad que entraña el diagnóstico cuando los resultados de las diferentes pruebas no son concluyentes o son contradictorias.

El error de tratamiento se concibe como omisión de determinadas cautelas facultativas, defectuosa ejecución de actos de naturaleza médica o ineptitud del profesional para la prestación del servicio asumido. La actividad médico-quirúrgica: a) no se realiza conforme a la técnica curativa adecuada para el logro de una determinada finalidad médica de tratamiento; b) no se realiza según los conocimientos de la técnica médica, teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles ex ante del caso concreto; c) se omite el tratamiento curativo correcto (Hava García E, 2001).

Un error que merece especial atención por ocasionar sentencias que suele ser condenatorias en su totalidad, es la realización de cirugía en sitio erróneo, siendo traumatología y cirugía ortopédica la especialidad donde más frecuente es este error. La American Academy of Orthopaedic Surgeons (AAOS) ha establecido que la probabilidad acumulada de un COT en 35 años de ejercicio profesional de tener un episodio de cirugía en sitio erróneo es del 25% (García-Germán Vázquez, Sanz-Martín, Canillas del Rey, & Sanjurjo-Navarro, 2009). Se trata de un error fácilmente evitable, si se tienen las siguientes precauciones; historia clínica de calidad, marcado previo del lugar a intervenir por el cirujano, y realización check-list quirúrgico junto con el resto del equipo (Canales ST, 2005).

A modo de conclusión podemos decir que mucho de los errores que ocasionan una demanda son fácilmente evitables, siendo el pilar fundamental una correcta comunicación y adecuada relación médico-paciente. La historia clínica y el consentimiento informado son determinantes para que una demanda prospere o no, y se convierten en la prueba fundamental a la hora de probar una adecuada praxis médica.

Nuevas herramientas y habilidades deben ser aprendidas y desarrolladas por los profesionales sanitarios en la sociedad del siglo XXI, más allá de la capacitación técnica, que se presupone al profesional, su capacidad comunicativa y empatía pasan a ser clave en la prevención de los problemas médico-legales derivados del ejercicio de nuestra profesión.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. Cirugía ortopédica y Traumatología acumularon más reclamaciones de responsabilidad sanitaria en 2016-1. (Publicado en diario médico).
2. Canales ST, 2005. Wrong site-surgery a preventable complication. *Clin. Orthop Relat Res.* April;(433);26-9.
3. Fabian Vítolo. (2009). Aspectos médico-legales y manejo de riesgos en cirugía estética. *Biblioteca Virtual NOBLE*, (2), 1–11.
4. Ferreres, A. R. (2000). *Aspectos medicolegales en Ortopedia y Traumatología*. 66(1115).
5. Frymoyer JW, Frymoyer NP. Physician-patient communication: a lost art? *J Am Acad Orthop Surg*. 2002; 10:95-105.
6. García-Germán Vázquez, D., Sanz-Martín, J., Canillas del Rey, F., & Sanjurjo-Navarro, J. (2009). Cirugía en sitio erróneo. *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*, 53(5), 332–339. <https://doi.org/10.1016/j.recot.2009.01.004>
7. Hava García, Esther, *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001
8. León Sanz, P. (2008). La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: Del error médico a la mala praxis. *Trauma*, 19(3), 138–142.
9. Levinson W, Roter DL, Mullooly JP, Dull VT, Frankel RM. Physician-patient communication. The relationship with malpractice claims among primary care physicians and surgeons. *JAMA*. 1997;277: 553-9.
10. Neuwirth ZE. An essential understanding of physician-patient communication. Part II. *J Med Pract Manage*. 1999; 15:68-72.
11. Perea-Pérez, B., Santiago-Saéz, A., Labajo-González, M. E., Albarrán-Juan, M. E., Dorado-Fernández, E., & García-Martín, Á. (2013). El médico ante los tribunales: análisis de las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad profesional médica en España. *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 39, pp. 130–134. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2013.05.001>
12. Perea Pérez, B., Santiago Sáez, A., Labajo González, M. E., Albarrán Juan, M. L., & Sánchez Sánchez, J. A. (2009). Análisis de las consecuencias médico-legales de las reclamaciones judiciales de pacientes. Estudio comparativo de los casos de traumatología, ginecología y obstetricia, anestesia y reanimación y odontostomatología. *Trauma*, 20(4), 264–268.

13. Pokrywka, G. S. (2012). Malpractice risk according to physician specialty. *Cardiology Review*, 28(1), 629–636. <https://doi.org/10.1097/sa.0b013e318242c307>
14. Sanit, G., & Cirug, E. T. (2013). *Autor Alberto L. García-Basteiro*. 27(1), 89–93.
15. Zulema Cardoso. Aspectos médicos legales en patología de antepie. *Revista de pie y tobillo*. 2015;29(1):27-32.

CON LA COLABORACIÓN DE

