



MANUAL SOBRE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

PARA JURISTAS Y MÉDICOS FORENSES

PROYECTO DE MEJORA DE LA EFICACIA DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN REPÚBLICA DOMINICANA

Equipo de Elaboración del Manual sobre Responsabilidad Profesional del Médico para Juristas y Médicos Forenses:

Coordinación

Juan Manuel Cartagena Pastor Médico Forense. España

Instituciones Colaboradoras

Procuraduría General de la República Dominicana (PGR)
Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF)
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)
Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID)

Autores de República Dominicana

Lucy Esther Alcántara Alcántara, Médico Forense.
Coordinación Subdirección General de Medicina Forense, INACIF.

Ruth Mercedes Jiménez Santana, Médico Patólogo Forense, INACIF.
Luisa María Ramírez Santana, Procuradora Fiscal del Distrito Nacional.
Ministerio Público

Julisa Glorivy Hernández Rivera, Procuradora Fiscal. Ministerio Público.
Miguel Núñez Gil, Médico Forense. Encargado Patología Forense, INACIF.

Clara Luz Almonte Gómez, Jueza de la Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional.

Rita María Durán Y., Procuradora Fiscal del Distrito Nacional.
Directora del Departamento Línea Vida. Ministerio Público.

Natividad Ramona Santos, Jueza de la Primera Sala de la Corte de Apelación de Santo Domingo.

José Manuel Glass Gutiérrez, Presidente de la Corte Penal de San Pedro de Macorís.

Consultores internacionales

Juan Manuel Cartagena Pastor. Médico Forense. España.
Eduardo Andreu Tena. Director del Instituto de Medicina Legal de Madrid. España.
Emilio Donat Laporta. Subdirector del Instituto de Medicina Legal de Madrid. España

Colaboraciones Internacionales

Ana Álvarez Rodríguez, Responsable de Proyectos de Justicia y Seguridad. AECID

Diseño General

Juan Carlos Quezada
en Amigo del Hogar

Impresión

Amigo del Hogar

Impreso en República Dominicana
Printed in the Dominican Republic

INTRODUCCIÓN

La República Dominicana como Estado Social Democrático y de Derecho, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, está obligado a garantizar la salud y el bienestar de la ciudadanía, para lo cual establece un sistema de responsabilidades, tanto en el campo del derecho penal, en razón de la protección del bien jurídico protegido, el derecho a la vida y el derecho a la salud; así como en el ámbito civil, por articulados que establecen el requerimiento de la justa compensación por el daño sufrido y la responsabilidad de índole administrativo como parte del proceso de supervisión y controles de calidad del servicio.

A tales fines, el Estado procura y fiscaliza la prevención, tratamiento, rehabilitación y reparación cuando la salud de una persona o personas sea afectada, por daños ambientales, laborales o de cualquier otra índole, con el fin de proteger y promover el bienestar de las personas a través de los mecanismos dispuestos al efecto.

Le corresponde al Estado realizar las acciones y creación de políticas públicas tendentes a efectivizar el derecho a la salud como derecho de carácter autónomo, de tipo prestacional, plasmado en el texto constitucional y que compone una obligación positiva del Estado dentro de un espectro amplio, abarcando el derecho al cuidado y protección de la salud, dentro de los cuales son de su competencia, entre otros, aquellos vinculados a la protección de la salud.

El sistema de responsabilidad médica vigente se encuentra fundado en normas que establecen y resuelven la naturaleza jurídica de la obligación médica, así como el vínculo obligacional entre el médico y el paciente en razón de la afectación en la salud como el completo bienestar, físico, psicológico y social del individuo.

Bajo esta premisa, esta Guía nace en el marco del Proyecto de Mejora de la Eficacia de la Investigación Criminal. Iniciativa suscrita entre la Procuraduría General de la República y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), que tiene como finalidad mejorar la respuesta institucional a la violencia y el delito, tratando de garantizar una coordinación más efectiva en el trabajo que desempeñan los fiscales y la policía para conducir las investigaciones criminales, promoviendo la profesionalización y la especialización de recursos humanos en materia de investigación criminal, como son la investigación técnica y forense, para que el Ministerio Público pueda contar investigaciones completas y con elementos de prueba más sólidos para mantener la acusación.

La presente Guía, es fruto de diversos encuentros y análisis de casos entre los distintos operadores del sistema de justicia penal dominicano, promovidos desde la Escuela Nacional de la Judicatura, la Escuela Nacional del Ministerio Público y desde el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), con el acompañamiento técnico de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Es así, como surge esta Guía, con la finalidad de facilitar a médicos legistas y forenses, así como a Jueces y Fiscales las tareas diarias que son competencia de su actuación profesional en esta materia. Por otro lado, además de los operadores ya citados, pretende ser un material de consulta para juristas y médicos del Sistema Nacional de Salud, en la problemática derivada de las diferentes actuaciones médicas que pueden generar apertura de procedimientos judiciales por responsabilidad profesional médica.

La responsabilidad médica está en continua evolución, en parte generada por los avances técnicos, científicos y los procedimientos médicos cada vez más complejos, que es preciso conjugar con la necesidad de una atención médica que respete los derechos fundamentales del enfermo.

LEGISLACIÓN

Marco Jurídico Nacional

- › Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 junio de 2015
- › Código Civil de la República Dominicana. 19 de Julio 2002.
- › Código Penal de la República Dominicana. 19 de diciembre de 2014.
- › Ley 42-01 General de Salud 8 de marzo 2001
- › Ley 454-08 por la se crea el Instituto Nacional de Ciencias Forenses. G.O. N°10491 del 28 de octubre de 2008.
- › Ley 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas, 30 DE MAYO 1988. G.O.9735
- › Ley 135-11 sobre el VIH-SIDA, 7 de junio de 2011
- › Ley 329-98 que regula la donación y legado, extracción, conservación e intercambio para trasplante de órganos y tejidos humanos (G. 0.9993, del 11 de agosto de 1998)
- › Ley 87-01 sobre Sistema Dominicano de Seguridad Social, promulgada el 9 de mayo de 2001
- › Ley 68-03 de Colegiación Médica y sus reglamentos, de 19 de febrero de 2003
Ley No. 358-05 General de Protección del Consumidor y su reglamento de aplicación (Decreto No. 236-08 del 30 de junio de 2008).
- › Ley No. 6097 de 1962 sobre Organización del Cuerpo Médico de los Hospitales, G.O.8711.5

- › Ley No. 146 de 1967 sobre Pasantía de médicos recién graduados, G.O.9033.10
- › Ley No. 478 de 1973 que modifica la Ley No. 146 sobre Pasantía de Médicos Recién Graduados. G.O.9291.66
- › Ley No. 6097 de 1962, sobre Organización del Cuerpo Médico de los Hospitales, G.O.8711.5
- › Decreto No. 642-05 que aprueba el Reglamento de Recertificación de Médicos. G.O. 10344.196.
- › Decreto 641-05 Código de Ética Médico del Colegio Médico Dominicano de 22 de noviembre de 2005.
- › Decreto No. 349-04. Que aprueba el Reglamento para la Habilitación y Funcionamiento de Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión, 20 de abril del 2004.
- › Decreto No. 250-06. Que modifica los Artículos 7, 8, 9, 10, 11, 15, y 60 del Decreto No. 349-04. del 4 de abril de 2004, que estableció el Reglamento para la Habilitación y Funcionamiento de Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión.
- › Decreto No. 350-04. Que aprueba el Reglamento para la Habilitación y Funcionamiento de los Laboratorios Clínicos y de Salud Pública, 20 de abril de 2004
- › Decreto No. 251-06. Que modifica los Artículos 1, 4, 41 y 42 del Decreto No. 350-04 del 20 de abril de 2004, que aprobó el Reglamento para la Habilitación y Funcionamiento de los Laboratorios Clínicos y de Salud Pública.
- › Decreto No. 351-04. Que establece el Reglamento para el Registro de Reactivos para Diagnóstico Clínico, 20 de abril de 2004.

Marco Jurídico Internacional

- › Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas (ONU), 10 de diciembre de 1948.
- › Convención sobre los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas (ONU), de fecha 20 de noviembre de 1959. Ratificado por la República Dominicana en 1989.
- › Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Organización de las Naciones Unidas (ONU), de fecha 10 de diciembre de 1984. Firmado por República Dominicana el 4 de febrero de 1985.
- › Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Organización de Estados Americanos, (OEA), 1948. Ratificada por la República Dominicana en fecha 19 de abril de 1978.
- › Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Organización de Estados Americanos, (OEA), 1969. Ratificada por la República Dominicana en fecha 19 de abril de 1978.

- › Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, 25 de diciembre de 2003, Ratificado por la República Dominicana el 7 de abril del 2009.
- › Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 16 de diciembre de 1966, ratificado por la República Dominicana el 4 de enero de 1978.
- › Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 21 de diciembre de 1965 ratificado por la República Dominicana el 25 de mayo de 1983.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

Concepto

El vocablo *responsabilidad* deriva del latín y significa la obligación de responder de nuestros actos, que, cuando han sido origen de un daño en personas o cosas, significa reparar, satisfacer o compensar el mismo.

Se entiende como responsabilidad profesional médica la obligación que tienen los médicos de responder y reparar o satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión, siempre que sean previsibles y evitables, con una causa lícita, y mediante el cumplimiento de prestar atención, servicios de salud de calidad y seguridad suficiente, de manera oportuna, asequible y aceptable, respetando la Dignidad Humana del paciente, su derecho a la salud y a la vida.

Clases de responsabilidad profesional médica

Los tipos y clases de responsabilidades que se le puede exigir al médico en el ejercicio de su profesión, las podemos clasificar como:

1. Responsabilidad moral.
2. Responsabilidad administrativa.
3. Responsabilidad civil
4. Responsabilidad penal.
 - > Dolosa
 - > Culposa.

1. Respecto a la responsabilidad moral, esta implica un vínculo relacional con los valores y conceptos éticos, creencias culturales, religiosas, filosóficas, principios y juicios arraigados en los individuos como entes sociales y que simbolizan lo correcto o incorrecto de su accionar, su realización comporta una sanción social.
2. La responsabilidad administrativa se refiere a la responsabilidad derivada por el ejercicio de determinada función o cargo dentro de la administración pública o privada y que provoque un daño o lesión en el ejercicio de sus funciones, ya sea por acción u omisión, y se extiende a los centros hospitalarios públicos o privados, servicios médicos y personal de asistencia médica, y puede dar lugar a reparación de daños y perjuicios en materia civil, además de la correspondiente sanción administrativa, sin menoscabo de la posible persecución penal.
3. La responsabilidad civil, esta se refiere a la existencia de un vínculo de derecho en el cual exista una obligación de una persona de dar o hacer algo a una o varias personas más, implica la existencia de un daño que debe ser reparado, y esa obligación de prudencia y diligencia en el caso médico, puede ser de medios o de resultados.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 37.- Derecho a la vida.

Artículo 38.- Dignidad humana.

Artículo 39.- Derecho a la igualdad.

Artículo 42.- Derecho a la integridad personal.

Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal.

Artículo 45.- Libertad de conciencia y de cultos.

Artículo 49.- Libertad de expresión e información.

Artículo 56.- Protección de las personas menores de edad.

Artículo 57.- Protección de las personas de la tercera edad.

Artículo 61.- Derecho a la salud.

Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales.

Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso.

CÓDIGO CIVIL DOMINICANO

Artículo 1146 hasta 1155, sobre los daños y perjuicios.

Artículo 1382: *“Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.*

Artículo 1383: *“Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por un hecho suyo, sino también por su negligencia o su imprudencia”.*

LEY 42-01, LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 28, Derechos de la población en relación a la salud.

Artículo 94, Ejercicio de la Profesión acorde a la ética.

Artículo 98, Derecho a servicios de calidad óptimos.

4. Por otro lado la responsabilidad penal, es de carácter individual, (Art. 40 Constitución Dominicana) puede ser dolosa o culposa, siendo la fundamental diferencia entre ellas que, en la responsabilidad culposa o imprudente no hay intención de dañar ni se desea el daño causado, mientras que, en la responsabilidad dolosa, hay intención en la producción de la infracción penal, en tal sentido, de lo anterior se deduce, que no existe imprudencia si hay dolo.

Se debe tener en cuenta que se requiere de la existencia de una relación de causa y efecto entre el daño y la obligación de reparar, una falta como deber jurídico por parte del agente, que la misma se encuentre sancionada por la norma y que el daño pueda ser demostrable.

CÓDIGO PENAL DOMINICANO

Artículo 319: *“El que, por torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, cometa homicidio involuntario, o sea causa involuntaria de él, será castigado con prisión correccional de tres meses a dos años, y multa de veinte y cinco a cien pesos”.*

Artículo 320: *“Si la imprudencia o la falta de precaución no han causado sino golpes o heridas, la prisión será de seis días a dos meses, y la multa, de diez a cincuenta pesos, o a una de estas dos penas solamente.”*

Artículo 377: *“Los médicos, cirujanos, y demás oficiales de sanidad, los boticarios, las parteras y todas las demás personas que, en razón de su profesión u oficio son depositarias de secretos ajenos y que, fuera de los casos en que la ley les obliga a constituirse en denunciadores, revelaren esos secretos, serán castigados con prisión correccional de uno a seis meses, y multa de diez a cien pesos.”*

Otros artículos del Código Penal lo son el 300, sobre el infanticidio, el 316 referente a la castración y el 317 sobre el aborto, es importante señalar que en los actuales momentos se encuentra cursando un Proyecto de Ley de modificación del Código Penal Dominicano.

LEY 42-01, GENERAL DE SALUD

Artículos 53 al 166, tipificación y sanción por la comisión de delitos vinculados a la salud

Artículo 164: “El profesional o cualquier persona autorizada para ejercer acciones en salud será responsable, ética, penal y civilmente, en los casos en que intervenga, del cumplimiento de todos los procedimientos, normas técnicas y, en fin, de todos los medios requeridos conforme a los principios de la ética y de las obligaciones de prudencia y diligencia.

Párrafo. - Mientras no se aprueben los reglamentos que rijan el ejercicio de las profesiones en los diferentes niveles, oficios en ciencias de la salud y acciones en salud, las obligaciones establecidas en el presente artículo se regirán por el derecho común.”

PRINCIPALES CIRCUNSTANCIAS Y ACTOS MÉDICOS DE LOS QUE PUEDAN DERIVARSE EXIGENCIAS DE RESPONSABILIDAD

A) Desde el punto de vista de la **ÉTICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA**, los requisitos exigibles para realizar un acto médico son:

1. Poseer el **consentimiento** del enfermo o de sus familiares, cuando este no pueda darlo. Consentimiento además informado, lo que obliga al médico a dar la suficiente cantidad y calidad de información en un lenguaje adecuado para que el enfermo entienda lo que consiente.
2. Guardar el **secreto** sobre todo lo que se oiga, vea o deduzca en relación con la persona del enfermo o con su enfermedad.
3. **Respetar su Derecho a decidir** lo que le conviene o no, así como el de acudir a otros especialistas o centros.
4. **Respetar las creencias** ideológicas, religiosas o de cualquier otro tipo que posea el enfermo.
5. Que la **finalidad última del mismo sea la de curar o aliviar** las dolencias de los enfermos.

A) Desde el punto de vista de las circunstancias y actos médicos, **OBJETO DE POSIBLES DENUNCIAS O QUERELLAS**, podemos citar:

1. El consentimiento informado

El consentimiento informado constituye un requisito inexcusable para la práctica de cualquier actividad médica. Al emplear el término informado nos referimos a la obligación que tiene el médico de informar al paciente con sencillez, de modo que sea comprendido por el enfermo o sus familiares, pero con objetividad y de forma completa, en qué consiste la intervención médica, de los

finés que tienen la exploración o terapéutica que se va a realizar, de su naturaleza, la importancia de la misma, de los riesgos que puede entrañar, las posibles consecuencias y de las opciones alternativas que existen.

A su vez entraña que el paciente debe comprometerse respecto a los medicamentos, dietas, cuidados especiales pre y post-operatorios o procedimentales, requeridos para un efecto positivo.

A su vez para el médico implica una obligación de informar los procedimientos y actos médicos, basados en el derecho a la integridad personal del paciente y disposición de decidir sobre su propio cuerpo.

Una vez que el enfermo posee esta información, se solicitará su consentimiento que debe expresarse preferentemente por escrito, suscribiéndolo el enfermo en presencia de testigos que asimismo firmarán el documento, sobre todo si la intervención o acto médico entraña un serio peligro para la salud o la vida de las personas. Sin embargo, existen excepciones a la necesidad de consentimiento que conviene abordar en profundidad. Circunstancias igualmente especiales se producen cuando el enfermo es un menor de edad o presenta una discapacidad.

El consentimiento no es causa de justificación de una intervención, la actividad médico-quirúrgica se justifica en sí misma por el fin de curar y debe estar configurada dentro del marco de las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas, teniendo un fin lícito y que no ponga en peligro la integridad y vida del paciente.

Artículo 28 de la Ley General de Salud en sus literales h) y j), cuyo contenido es el siguiente: Todas las personas tienen los siguientes derechos en relación a la salud: h) El derecho a decidir previa información y comprensión sobre su aceptación o rechazo de asumir el tratamiento. Se exceptúan de estas disposiciones los casos que representen riesgos para la salud pública. En el caso de los menores y discapacitados mentales y pacientes en estado crítico sin conciencia para decidir, la decisión recaerá sobre sus familiares directos y tutores o en su ausencia sobre el médico principal responsable de su atención; j) El derecho a no ser sometido a tratamiento médico quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento escrito o el de la persona responsable, esto último solo en el caso de que el paciente no esté en capacidad para darlo y siempre que sea en su beneficio. Cuando el paciente sea incapaz o inconsciente, el médico responsable y, en su ausencia el equipo de salud asumirá la responsabilidad del paciente.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Civil No. 93/2015, SCJ Sala Civil y Comercial, partes envueltas en el proceso Roberta Eleonor Hoffman vs José Leonardo Asilis Castillo y compartes, en dicha sentencia se indica que: “el consentimiento informado ha sido catalogado como un “derecho humano fundamental (...) Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo”, entendiéndose además que, es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”. **Refiere además sobre el consentimiento informado que** “el facultativo debe comunicar al paciente su diagnóstico, pronóstico y posibilidades de tratamiento con la debida prudencia; que además, es obligatorio informar al paciente de la utilidad, el riesgo y los incidentes previsibles provenientes de la intervención o del tratamiento, condiciones éstas que son esenciales para que se otorgue un consentimiento informado al acto médico de que se trate”.

2. El secreto profesional del médico

Es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente para su seguridad. Obliga a todos los médicos, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio. Además, obliga a otros profesionales que conocen datos del enfermo y por otro lado existen excepciones al deber de guardar secreto. Es un derecho básico similar al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. (Art. 38, 40, 42 CD).

También ante el secreto profesional, se dan determinadas circunstancias que pueden hacer que aún vulnerando el secreto, no se cometa un ilícito, un ejemplo de esto lo es el hecho de aquellos casos en los cuales existe una obligación legal de informar o denunciar que tienen determinados profesionales o funcionarios, lo cual les exime de cualquier tipo de responsabilidad por estas acciones, podemos mencionar los casos amparados bajo el artículo 14 de la Ley 136-03, el cual refiere la obligatoriedad de la denuncia por parte de los profesionales y funcionarios en el área de la salud, pedagogía, psicología, de violaciones de derechos de los niños, niñas o adolescentes, quienes deben hacerlo ante las autoridades competentes, el incumplimiento de este deber conlleva sanciones penales.

Artículo 28, literal e) de la Ley 42-01 que instituye la Ley General de Salud, que indica que todas las personas tienen los siguientes derechos en relación a la salud: e) A la confidencialidad de toda información relacionada con su expediente y con su estancia en instituciones prestadoras de servicios de salud pública o privada, pudiendo ser obviada en casos determinados por este mismo texto legal; así como el artículo 377 del Código Penal Dominicano que prescribe que los médicos, cirujanos y demás oficiales de sanidad, los boticarios, las parteras y todas las demás personas que, en razón de su profesión

u oficio son depositarias de secretos ajenos y que, fuera de los casos en que la ley les obliga a constituirse en denunciadores, revelaren esos secretos, serán castigados con prisión correccional de uno a seis meses, y multa de diez a cien pesos.

Artículo 6 de la Ley 172-2013 que tiene por objeto la protección de datos personales, la cual refiere que el responsable del archivo de datos personales y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del archivo de datos personales o, en su caso, con el responsable del mismo, salvo que sea relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública.

3. El respeto a las creencias de los demás

En el ejercicio de su profesión, el médico respetará las convicciones del enfermo o de sus allegados y se abstendrá de imponerle las propias. El enfermo tiene derecho al respeto a su personalidad, la dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical, y a que se respeten sus creencias. (Art 28 letra a) de la Ley General de Salud 48-01).

Es importante señalar que para aquellos casos en los cuales exista la protección o salvaguarda de un derecho fundamental, tanto la doctrina como la jurisprudencia refieren que los derechos fundamentales no son ilimitados, ni tienen carácter absoluto, debiendo el legislador establecer los límites de los mismos a través de la Constitución, que es la estructura que los conforma y da supremacía, reconociéndolos y garantizándolos.

Por lo tanto, es a través de la Constitución que los derechos se consagran y se garantizan únicamente como derechos, limitados unos frente a otros y a su vez en oposición al Estado, en caso de existir una colisión de derechos, debe realizarse el test o juicio de ponderación, que consiste en evaluar la importancia de las normas, su aplicación particular al caso, con el objeto de armonizar la efectivización de los derechos en colisión.

4. El derecho del enfermo a decidir

Es el derecho de los enfermos a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso. En la práctica se crean situaciones complejas, en las que el médico a pesar de no respetar las decisiones del enfermo no incurriría en responsabilidad. Dentro de ellos se encuentran, los tratamientos realizados en contra de la voluntad de los enfermos, cuando su patología represente un peligro para la sociedad, o en el caso de internamientos involuntarios

por razones de trastorno psíquico. El vicio en el consentimiento, en razón de las características individuales de cada caso, debe contemplar las soluciones legales correspondientes.

Debemos resaltar que este derecho a decidir se encuentra enmarcado dentro de las libertades personales del individuo, pero la misma no debe implicar una situación que atente contra la salud y la vida.

5. Los actos médicos administrativos

Estos actos son aquellos realizados por el médico en el desempeño de su profesión, como son los certificados y las recetas, por muy diversas circunstancias pueden dar lugar a responsabilidad profesional del facultativo que las emite.

JURISPRUDENCIA

Sentencia No. 15, Pr., Sept. 2012, B.J. 1222. Para determinar la existencia de una relación contractual entre el Centro Médico y la paciente, no se precisa de un contrato de servicio de salud por escrito. La vinculación entre éstos se deriva desde el momento que el establecimiento clínico admite la paciente en sus instalaciones. La responsabilidad civil que pueda generarse como consecuencia de las inejecuciones de este contrato prescribe a los dos años (art. 2273 de C. Civil).

6. Investigación médica (experimentación y ensayos clínicos)

Deben acogerse por razones de seguridad a la normativa que establece cada una de las fases en las que se desarrollan.

7. Terapéuticas peligrosas. Colocarse en el lugar del enfermo

Debe ser la regla a seguir por todo médico ante un caso en que haya de resolverse una terapéutica peligrosa y activa en extremo. No emprender nada con temeridad, sino tener siempre presente el riesgo que entrañe la terapéutica que haya que emplear. Para que un tratamiento sea lícito, precisa que el riesgo que produzca sea menor que el daño que se intenta reparar.

Sólo en casos extremos, sin otro remedio conocido, previa seguridad diagnóstica, y obtenido el consentimiento del enfermo o de sus familiares, si éste no está en condiciones de otorgarlo, estaría justificado el empleo de tales remedios. Y aún esto, cuando el estado general del enfermo permita la aplicación del remedio o la ejecución de la intervención, y siempre que haya un dominio de la terapéutica o de la técnica suficientemente perfeccionada y avalada científicamente para obtener los resultados que se propone.

8. Errores médicos

En su actuación profesional, el médico puede cometer errores de los que se derivarán, en su caso, situaciones de responsabilidad profesional.

En diferentes países que han sufrido una evolución en el tratamiento jurídico de los errores médicos y existe Jurisprudencia, se observa que no se incrimina el error científico, ni los dimanantes del diagnóstico, ni los de tratamiento, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una **equivocación inexcusable**.

Tampoco se reputa punible la falta de una extraordinaria pericia o de una cualificación en una materia determinada de la medicina.

En general, se entiende que no existirá culpabilidad para el personal sanitario, por deficiencias en el material, instrumental, medios u organización (otra cosa será entonces la responsabilidad civil del centro en el que presta sus servicios, e incluso la penal de los directores de tales centros), a no ser que tales defectos sean achacables a él mismo.

Sin embargo, el facultativo no puede escudarse en las faltas o carencias de material u organización del centro o lugar donde desarrolle su labor para infringir sus propias obligaciones. Al contrario, consciente de esas deficiencias habrá de extremar su deber de cuidado.

La búsqueda de responsabilidades médicas debe de hacerse huyendo de generalidades inmutables; esto es, no se puede establecer unos criterios fijos, sino que habrá de atender a las circunstancias de cada caso concreto.

En conclusión, solo se castiga el error cuando obedezca a una conducta imprudente, basada en un comportamiento continuado e insistente de abandono y descuido, o bien en el incumplimiento de elementales deberes. En definitiva, lo que se condena, en su caso, es la negligencia gracias a la cual se ha cometido el error, pero no el error en sí mismo.

Los errores se pueden clasificar por su origen en:

- › Errores de diagnóstico.
- › Errores de prescripción
- › Errores de tratamiento.
- › Transmisión de enfermedades

9. Accidentes

Los accidentes son menos frecuentes que los errores. A pesar de tener un origen fortuito, pueden dar lugar a procesos de responsabilidad profesional. Esta posibilidad depende, esencialmente, de que se hayan omitido aquellas precauciones básicas que deben ser tomadas en las actuaciones asistenciales y que hubieran evitado la aparición de aquél accidente que era previsible.

Entre las más frecuentes, se encuentran:

- › **Accidentes por defectos de instalaciones y/o material.** Diversas instalaciones, fundamentales en las clínicas y centros asistenciales, sufren con el tiempo un desgaste que obliga a revisiones periódicas, sin las cuales podrían producirse accidentes de mayor o menor entidad.
- › **Las instalaciones eléctricas** para el manejo de instrumental, incluso en el propio quirófano que, han sido causa de quemaduras, electrocuciones y otros accidentes.
- › **Las instalaciones de gases terapéuticos.**
- › **Aparatos de anestesia, diálisis, etc.**
- › **Accidentes transfusionales.**

Como principales accidentes que suele plantear la hemoterapia deben citarse: errores en la determinación grupal, defectuosa indicación del grupo en los frascos conservados de sangre, conservación inadecuada de ésta, accidentes transfusionales por el empleo de sangre incompatible, transmisión de enfermedades, sensibilización del paciente, origen de accidentes con ocasión de ulteriores transfusiones, etc.

Accidentes en la vacunación y sueroterapia. La transmisión de enfermedades y el desencadenamiento de reacciones anafilácticas constituyen los principales problemas que, en su repercusión sobre la responsabilidad profesional médica, se han de valorar siguiendo las normas generales.

10. Abandono del enfermo y denegación de auxilio

Como principio general, el médico goza de libertad para otorgar o negar sus servicios profesionales. Pero esa libertad, puede verse limitada en la práctica por ciertas circunstancias como son la existencia de una obligación contractual previa o por indicación **vital**.

La indicación vital tiene un carácter humanitario que compromete gravemente al médico, como persona indicada para prestar un socorro inmediato y urgente, aun cuando el paciente presente un cuadro alejado de la especialidad del facultativo.

Además de este carácter humanitario, el que no socorriese a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, podría incurrir en un delito de omisión del deber de socorro.

Para que se concrete responsabilidad por abandono de enfermo, deben reunirse las siguientes condiciones:

1. Que no acuda el médico al llamamiento, siempre que no haya habido una fuerza mayor que se opusiera a ello.
2. Que se produzca un daño que, con los cuidados convenientes en el momento oportuno, hubiera podido evitarse.
3. Que, en su caso, de no haber contado con la obligación o promesa del médico de acudir, el enfermo hubiera podido dirigirse a otro facultativo o haber tomado medidas de otra índole para asegurarse la asistencia facultativa.

11. Negativa a recibir tratamientos

Esta situación particular se presenta esporádicamente, pero puede crear situaciones críticas. En la práctica corresponden a este supuesto las siguientes eventualidades:

- › La negativa a recibir transfusiones sanguíneas por parte de miembros en determinadas sectas, grupos o colectividades religiosas, por considerarlas atentatorias para sus creencias.
- › La huelga de hambre por motivos sociológicos o políticos. (Ver caso GRAPO).

La negativa a recibir transfusiones sanguíneas por razones religiosas (testigos de Jehová) se viene dando con frecuencia y plantea graves problemas en los hospitales en que surge uno de estos casos. No corresponde al médico juzgar las convicciones religiosas de sus pacientes, las cuales deberá respetar.

Las consideraciones anteriores no pueden aplicarse en el caso de enfermos en situación clínica de inconsciencia y extrema gravedad (estados de inconsciencia por grandes traumatismos, estados de coma), en la que el médico debe actuar con toda diligencia utilizando los recursos adecuados, aun cuando tenga información de que pudieran ser rechazados por el paciente en estado consciente, por razones religiosas o de otra índole. Existe aquí una situación o **estado de necesidad** en que prevalece la obligación de curar sobre cualquier otra consideración.

Si se sospecha la existencia en el paciente de algún problema psiquiátrico, debe procederse a un minucioso estudio, ya que la capacidad del sujeto puede estar alterada o anulada, por lo que debe solicitarse con urgencia la adopción de medidas tutelares que suplan su incapacidad para consentir.

En ese contexto, existen situaciones especialmente como los casos en que el enfermo necesitado de terapéutica es un menor, una persona con discapacidad o una persona con algún tipo de vulnerabilidad que le impida la libre autodeterminación y expresión de su voluntad y, por tanto, el titular de la patria potestad, guarda o la tutela sea su representante legal.

Las exigencias de protección de los menores, amparados bajo el principio del interés superior del niño, establecido en la Ley 136-03, Código para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, requiere de un mayor protagonismo a la acción judicial, exige para estos casos la presencia del Ministerio Público, como garante de los derechos del menor. Por ello, es recomendable que el médico que se encuentre en una situación de este tipo, lo ponga en conocimiento de la autoridad judicial competente para garantizar sus derechos.

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) de Santiago acogió una Acción Constitucional de Amparo a favor de una bebe prematura, cuyos padres profesaban la religión de Testigos de Jehová, y, en tal sentido, se negaban a la realización de la transfusión.

Conclusiones

1. El rechazo a la terapéutica de los mayores de edad con plena capacidad de consciencia y voluntad debe ser respetado, como resultado de la libertad de conciencia y el respeto a sus derechos y la dignidad humana, reconocidos por la Constitución y reflejados en la legislación de nuestro país.
2. En todo caso, debe excluirse la existencia de procesos psicopatológicos y, en especial, de estados delirantes que eliminan la voluntad y anulan el rechazo a la terapéutica, por lo que el médico actuará como le dicte su conciencia en beneficio del paciente.
3. En los estados de inconsciencia y siempre que haya duda sobre la validez de la voluntariedad, debe prevalecer el beneficio del paciente y salvaguarda del derecho a la vida.
4. La voluntad de los menores de edad, o de las personas con discapacidad, no puede ser sustituida sin limitación por la de los padres o tutores cuando exista grave riesgo de muerte, debiendo, según el caso, tomarse las medidas de protección judiciales necesarias que vayan en beneficio de estos.

12. La huelga de hambre

La realización de una huelga de hambre prolongada puede provocar, según las circunstancias y duración, aún bajo control médico, daños en la salud e incluso acabar causando la muerte de la persona que la lleva a cabo.

Desde un punto de vista doctrinal, existen dos interpretaciones antagónicas a esta problemática:

1. Para algunos autores, la libertad humana no tendría limitación alguna, por lo cual el derecho a disponer de la propia vida sería una de las expresiones de dicha libertad. En consecuencia, el médico no está legitimado para intervenir con prácticas de alimentación forzada que lesionan derechos personales.

2. Para otros autores, la vida humana debe considerarse como un bien colectivo, social, en contraposición a su valoración como un bien individual, lo que daría lugar a una serie de limitaciones en los que respecta a su libre disposición. Argumentan también los defensores de esta hipótesis, que la vida es un bien superior, muy por encima de otros bienes personales como la libertad, por lo que llegado el momento la intervención se haría necesaria para evitar la muerte o el daño a la misma.

Las consecuencias que se derivan de estas dos posturas son:

- › **El médico no está autorizado para una terapéutica coactiva.** Para los autores que aceptan esta tesis no cabría nunca el estado de necesidad, pues la persona es poseedora de un conjunto de derechos, que resultan lesionados por la intervención médica.
- › **Intervención médica justificada por el estado de necesidad.** Frente al peligro de producción de un mal mayor, como es la muerte del huelguista de hambre, el "estado de necesidad" permite que, para evitarlo, puedan intervenir terceras personas (el médico), aunque lesionen bienes jurídicos (la libertad, el honor o la dignidad del afectado), que, tanto desde el punto de vista penal como constitucional, tienen una valoración menor que la vida y cuya lesión, por tanto, supone un mal de más baja cuantía. El médico, pues, debe intervenir terapéuticamente aún en contra de la voluntad del sujeto, evitando la producción de un mal de tanta trascendencia.

13. Problemática específica en la especialidad de cirugía

Las intervenciones quirúrgicas constituyen, sin duda, uno de los motivos más frecuentes de reclamaciones de responsabilidad profesional.

Los aspectos más conflictivos son:

- › Por defectos de consentimiento.
- › Por la anestesia
- › Por el propio resultado de la intervención.

El campo de la responsabilidad del anestesista se extiende, a los siguientes aspectos:

- › A los exámenes preoperatorios necesarios para determinar los peligros de la anestesia y conocer sus riesgos, y la manera de evitarlos y seleccionar la técnica y el anestésico más adecuados a las condiciones del enfermo y al tipo de intervención.
- › A la comprobación del grupo sanguíneo para disponer de la sangre necesaria para las transfusiones preoperatorias, ya que la especialidad abarca ambos tipos de actuaciones.
- › A la garantía del buen funcionamiento de los aparatos e instrumentos específicos de la inducción y mantenimiento de la anestesia, previniendo los defectos y averías, que podrían poner en peligro la vida del paciente.

- › A la reanimación postoperatoria, mantenida con la vigilancia adecuada durante todo el tiempo preciso.

Los resultados de la intervención

En la práctica, las reclamaciones se plantean después de terminado todo el proceso, a la vista de que los resultados obtenidos y de que el enfermo o sus familiares consideran inadecuados como consecuencia de una falta cometida por el cirujano.

Hay que especificar que el contrato médico es un contrato de medios y no de resultados; la cirugía plástica o reparadora tiene su problemática particular, pues sí se busca un resultado.

Mención especial-en lo concerniente a la **cirugía plástica o reparadora**, la cual constituye una variedad de la cirugía general, que adquiere algunos perfiles especiales.

En este caso no existe nunca una indicación vital, ni una urgencia en la realización de la operación, por lo que no puede considerarse justificado el correr un alto riesgo operatorio de alguna entidad para el paciente.

Por otra parte, aun cuando la intervención presente escaso riesgo o, al menos, proporcionado a los beneficios que pueden esperarse, el cirujano no debe olvidar que la valoración de los resultados, de naturaleza estética en la mayor parte de los casos y, por tanto, profundamente impregnados de subjetivismo, puede interpretarse de forma distinta por el paciente y el cirujano.

Para decidir sobre estas reclamaciones, se toman en consideración múltiples elementos, cuyo análisis se hace a través de una peritación médico-legal.

Los principales son:

1. La importancia del riesgo operatorio implícito en la intervención, cuya valoración se hace teniendo en cuenta tanto el pronóstico de la enfermedad como el grado de urgencia con que hubo de realizarse la operación.
2. La precisión del diagnóstico preoperatorio, deducido a su vez de la realización de las pruebas, exámenes e investigaciones llevadas a cabo en el enfermo.
3. La técnica quirúrgica utilizada.
4. La existencia de características anatómicas y patológicas en el enfermo que requieren ciertos cuidados especiales.
5. Los cuidados y vigilancia postoperatorios prestados al operado.

14. Los casos de extrema urgencia y/o gravedad del paciente

La exigencia de responsabilidades médicas en los casos de urgencias vitales posee algunas peculiaridades.

Respecto al diagnóstico en casos de urgencia vital, este debe adecuarse a la gravedad del paciente.

De nada serviría llegar a un diagnóstico de certeza en sólo treinta minutos, si el paciente por los signos físicos tiene una previsión de vida de tan sólo unos dos o tres minutos.

Posiblemente las denuncias médicas que surgen contra los servicios de urgencia o incluso sobre actos médicos personales y puntuales, sean por abusar de pruebas diagnósticas, con demoras del tratamiento adecuado, más que por omisión de las mismas.

Respecto a los tratamientos en urgencias vitales tampoco pueden ajustarse a las normas y criterios de la terapéutica aplicada de modo reglamentario y controlado en circunstancias normales.

Muchas veces, y ante la falta de diagnóstico hay que actuar sobre el síntoma que se evidencia, o sobre la función que pone en peligro la vida. En ocasiones, los tratamientos son incluso empíricos, sin poder entrar a valorar, por falta de tiempo los efectos colaterales que puedan derivarse.

El error médico

En su actuación profesional, el médico puede cometer errores de los que se derivarán, en su caso, situaciones de responsabilidad profesional, pero es necesario analizar los criterios que se utilizan habitualmente en los Tribunales.

Se castiga el error cuando obedezca a una conducta imprudente, basada en un comportamiento continuado e insistente de abandono y descuido, o bien en el incumplimiento de elementales deberes. En definitiva, lo que se pena, en su caso, es **la negligencia gracias a la cual se ha cometido el error, pero no el error en sí mismo.**

Los actos médicos admiten en general cuatro finalidades: Prevenir las enfermedades, diagnosticarlas, tratarlas o rehabilitarlas.

De estas, las que originan más demandas de responsabilidad son el diagnóstico y el tratamiento.

Pero no todo error en el diagnóstico o tratamiento da origen a responsabilidades, pues **error no es sinónimo de imprudencia, negligencia o culpa** y sólo los errores que demuestren un desconocimiento burdo de la medicina o de las técnicas de curar, o los que tienen por origen un comportamiento insistente y continuado de abandono y descuido, o bien el incumplimiento reiterado de elementales deberes dan lugar a responsabilidad médica.

PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DERIVADA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RECOMENDACIONES

Concepto

“Es la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a estos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente”.

Viene definido por el Manual de Ética Médica del Colegio de Médicos Americano, editado en 1984.

Antecedentes y evolución

El concepto de consentimiento informado, en su origen, es un concepto jurídico más que un concepto estrictamente médico o científico.

Tiene una concepción normativa exigida por el desarrollo de la bioética.

Es consecuencia de la necesidad de aplicar el derecho a las ciencias médicas que hasta hace unas décadas gozaba de impunidad en el ejercicio de su actividad y que sólo estaban reguladas por los propios profesionales sin que existiera la posibilidad de que, al igual que ocurría con otras ciencias, pudieran tener una regulación jurídica.

El médico, educado en la tradición hipocrática, era poco proclive a informar al paciente y menos de pedirle su consentimiento para poder actuar. Primaba, por tanto, una actitud paternalista y exenta de responsabilidad jurídica ni social.

A principios del siglo XX, se produce una inflexión, con el desarrollo del consentimiento informado.

No será hasta 1914 en el caso *Schloendorff versus Society of New York Hospitals* (1914) cuando aparece por primera vez el término de “autodeterminación”, y se considera a partir de esta sentencia como delito y negligencia el no poseer el consentimiento y el ir en contra de la voluntad del paciente.

Se pasa de un consentimiento general, muy amplio, con una información sencilla y rutinaria, a introducir un consentimiento más específico acorde a cada caso, un consentimiento expreso. Comienza a aparecer el dilema de que extensión debe de contener el consentimiento informado para que sea válido y a entenderse que la cantidad de información no debe ser fijada de forma unilateral por el propio médico.

Recomendaciones a tener en cuenta para la validez del consentimiento informado

Para considerar como válido un consentimiento informado de acuerdo al derecho común, se aconseja que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Capacidad de disponer. La eficacia del consentimiento dependerá de que la expresión por parte del enfermo sea motivada por la libertad del mismo y por la capacidad de juicio y discernimiento suficientes.
2. Se acude con frecuencia a los límites temporales del paciente para definir su capacidad de juicio, como son los 16 ó 18 años.
3. Se debe tener en cuenta que la falta de capacidad puede presentarse por circunstancias de carácter temporal (situaciones pasajeras del enfermo) o por situaciones permanentes del enfermo, motivados fundamentalmente por una enfermedad mental o deficiencia física permanente. Pero lo relevante es que el enfermo tenga capacidad de disponer o no. En el caso de que constatemos una falta de capacidad para disponer en el enfermo, se recomienda pedir el consentimiento a los padres o a los representantes legales del sujeto (artículo 28, letra h) de la Ley 42-01 General de Salud)
4. Debe carecer de vicios, esto es, sin intimidación, coacción o engaño en la formación de la voluntad del interesado.
5. Debe responder a "causa lícita", siendo por tanto que se trate de un acto de finalidad curativa interpretado en su sentido más amplio.

Recomendaciones relacionadas con la actividad sanitaria y el consentimiento informado

1. Se recomienda que todo paciente sea informado de su enfermedad y de las circunstancias relevantes que ésta implica, desde que se establece la relación con el médico (artículo 28, letra f) de la Ley 42-01 General de Salud)
2. La relación asistencial se debe entender como un deber ineludible del profesional y, por lo tanto, debe constituir un acto clínico más, tan importante como cualquier otro.
3. Se recomienda que la información al paciente se de forma continua y gradual a lo largo del proceso asistencial, que se realizará en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso.
4. Es aconsejable que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.
5. Los procesos de información y consentimiento por parte de los pacientes se desarrollarán básicamente a través del intercambio verbal. Sin embargo, algunos aspectos de estos procesos se recomiendan que sean registrados y documentados por escrito:

- › Procedimientos diagnósticos invasivos.
 - › Procedimientos terapéuticos invasivos.
 - › Intervenciones quirúrgicas.
 - › Procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
6. Se recomienda elaborar documentos específicos referidos a procedimientos diagnósticos o terapéuticos determinados que conlleven un cierto grado de riesgo. Esos documentos deberían ser elaborados por los profesionales, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada centro y servicio.
 7. En el marco de lo señalado en el apartado anterior, es deseable establecer una orientación general sobre los contenidos de los documentos de consentimiento informado, de forma que reflejen unos aspectos mínimos semejantes que se establecen en el siguiente apartado.
 8. Es recomendable que el paciente, o su representante, reciban la información y el documento con antelación suficiente y, en todo caso, al menos, 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes.
 9. El consentimiento escrito prestado para una intervención no resulta válido para otra diferente.
 10. Los documentos de consentimiento informado deben extenderse por duplicado, uno de ellos a disposición del paciente, debiendo quedar el otro en la institución sanitaria, incorporado a la historia clínica correspondiente.
 11. Cuando el paciente no quiera recibir la información, es recomendable que ésta se trasmita a los familiares o en su defecto a la persona que designe. Si el paciente prohibiera la transmisión de la información a los familiares o allegados, se debe hacer constar en documento firmado por el médico y con testigos, sin perjuicio de obtener el consentimiento del paciente para los procedimientos correspondientes.
 12. En el ámbito de las instituciones sanitarias, es recomendable que los protocolos de consentimiento informado por escrito se desarrollen por los servicios correspondientes teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la institución sanitaria o a través de las organizaciones científicas o grupos técnicos correspondientes que, asimismo, deben constituir el apoyo fundamental para la definición de los riesgos típicos de las diferentes actuaciones médicas.
 13. Una vez desarrollados los documentos, se recomienda que sean avalados, antes de su puesta en funcionamiento, por un órgano técnico médico designado por la dirección de la institución. En aquellas instituciones en las que exista comité de ética asistencial, es recomendable que estos aprueben los protocolos.

Los documentos de consentimiento informado a los que se viene haciendo referencia no deben ser de aplicación a proyectos de investigación en medicina, procedimientos de extracción de órganos ni situaciones de urgencia, ni a otros procedimientos que no se refieran a procesos claramente patológicos o que precisen exigencias específicas.

Recomendaciones sobre la idoneidad del contenido de los documentos de consentimiento informado

Se recomienda que se exprese de forma breve, sencilla y comprensible para el paciente los siguientes apartados:

1. Datos de paciente.
2. Nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene que ser necesariamente el mismo que el que realice el procedimiento para el que se consiente.
3. Nombre del procedimiento que se vaya a realizar, con explicación breve y sencilla del objeto del procedimiento, en que consiste el mismo y la forma en que se va a llevar a cabo.
4. Se recomienda la descripción de las consecuencias seguras de la intervención que deban considerarse relevantes o de importancia.
5. Es recomendable la descripción de los riesgos típicos del procedimiento, entendiendo por tales, aquellos cuya aparición deba esperarse en condiciones normales. Se recomienda que se incluyan aquellos que siendo infrecuentes, pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves.
6. Es recomendable la descripción de los riesgos personalizados. Debe entenderse por éstos los que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes y hacen referencia al estado previo de salud, a la edad, a la religión o cualquier otra circunstancia de esa naturaleza.
7. Se recomienda informar de las posibles molestias y sus consecuencias a criterio del facultativo.
8. Es recomendable la declaración del paciente de haber recibido la información acerca de los extremos indicados, así como de las alternativas diferentes a los procedimientos, con las ventajas e inconvenientes.
9. Se recomienda, obtener una manifestación del paciente, acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber recibido información sobre las dudas planteadas y de la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento sin expresar la causa.
10. Fecha y firmas del médico que informa y del paciente.
11. Es recomendable adjuntar los siguientes anexos.
 - l) Anexo del consentimiento informado otorgado a través de los representantes legales en caso de incapacidad del paciente o tutores en caso de menores de edad.
 - m) Anexo para la revocación del consentimiento, que deberá figurar en el propio documento.

Recomendaciones para determinar los requisitos formales en el consentimiento informado

1. Titularidad (¿Quién debe prestar el consentimiento?)

a) Adultos con plena capacidad

La validez del consentimiento estará condicionada, entre otros supuestos, a la circunstancia de que el enfermo tenga capacidad natural de juicio y de discernimiento (que no supone necesariamente tener capacidad legal), por lo tanto, inteligencia y voluntad suficiente, que le permita conocer el alcance del tratamiento médico al que se va a someter pudiendo así decidir consecuentemente. Como regla general, esta capacidad se presupone en principio en todas las personas mayores de edad.

El titular del derecho a la información es el paciente.

Por todo ello **es recomendable** determinar en los casos dudosos la capacidad del propio enfermo para otorgar el consentimiento informado de forma válida.

También **se recomienda** informar a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

b). La capacidad de consentir de los menores

Cuando un menor tenga que ser sometido a un acto médico, el consentimiento lo deben otorgar sus progenitores o tutores legalmente establecidos, aunque se aconseja que sean oídos.

c) Pacientes que niegan la posibilidad de que se le administren hemoderivados y sangre

En estos casos, el médico debe respetar la libertad de creencias de estos enfermos cuando son adultos y tienen plena capacidad para decidir si desean recibir o no una transfusión de sangre, salvo en situaciones de urgencia. Cuando se trata de decidir la posibilidad de transfundir a hijos menores de edad de una de estas personas, **se recomienda** que, si el médico considera necesario el uso de sangre o hemoderivados para la curación del menor, está en la obligación de actuar y en todo caso poniendo el hecho en conocimiento del Juez o del Ministerio Público.

d) En los casos de incapacidad de hecho o de derecho

› Incapacidad de derecho

En las personas incapacitadas judicialmente, (sujetos sometidos a tutela), en relación al principio de gradación de tutela, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado, **es recomendable** que el consentimiento de estas personas habrá de ser tenido en cuenta y será verdaderamente relevante cuando su capacidad no se encuentre afectada por su proceso

patológico que dio lugar a la incapacitación. En estas situaciones, **se recomienda** que el médico se informe, si el acto que se le exige realizar por parte del declarado incapaz es de los que puede realizar por sí o necesita el consentimiento del tutor.

➤ **Incapacidad de hecho:**

En las personas incapacitadas de hecho (casos asimilados psicobiológicamente a los de la incapacidad), pero sin estar legalmente declarados incapaces según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, **se recomienda** que la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Cuando la decisión del tutor es contraria a la propuesta por el médico, se recomienda poner los hechos en conocimiento del Juez o del Ministerio Público.

2. Objeto del consentimiento y deber de información del médico. (¿Qué es lo que hay que informar?)

El objeto del consentimiento es el acto médico al que el enfermo va a ser sometido, realizado conforme a la *lex artis*, con un fin curativo y con los riesgos que le son inherentes. No está incluido el resultado del mismo ya que éste es aleatorio.

Este derecho de información sanitaria se define como el derecho que tienen los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, se debe respetar el hecho de que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se recomienda que se proporcione verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

La información básica que debe proporcionarse al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito debe abarcar:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.
- e) El conflicto en este punto surge al preguntarse qué y cuanta información ha de proporcionar el médico para poder afirmar que el paciente ha comprendido el objeto del consentimiento y que, por tanto, el consentimiento dado sea válido. Otra cuestión es cómo ha de darse la información.

En este punto y con carácter general **se recomienda** aportar información completa incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

El contenido de esa información debería abarcar:

- a) El objeto de la acción médica: lo que se pretende hacer y por qué.
- b) Los riesgos que entraña.
- c) Las ventajas que se esperan alcanzar.
- d) Las posibles alternativas con sus ventajas e inconvenientes.

Por tanto, **se recomienda** que la información cumpla con las siguientes características:

- a) En lo técnico: simple, aproximada e inteligible;
- b) En las complicaciones y riesgos: veraz y leal, sin minimizar ni exagerar.
- c) El médico no debe ocultar la información desagradable simplemente porque lo es.
- d) Del mismo modo que existe el deber de informar se recomienda callar cuando la información puede repercutir negativamente sobre el curso de la enfermedad (*estado de necesidad terapéutica*). Hay ocasiones en que es recomendable limitar el deber de información del médico respecto al diagnóstico, como es el caso de las enfermedades muy graves y con muy pocas posibilidades de tratamiento, en las que comunicar el diagnóstico al enfermo puede originar un agravamiento del proceso.
- e) La información facilitada en relación a los resultados debe ser real y justa.
- f) La extensión de la información que proporciona el médico a su paciente debe ser matizada en consideración a su finalidad y permitiendo al enfermo la comprensión de su situación sin deformidades.
- g) El médico debe informar sobre el diagnóstico de la lesión o enfermedad, pronóstico, la forma y el fin del tratamiento, así como de sus consecuencias seguras y posibles que puedan incidir sobre la decisión del paciente.
- h) El enfermo tiene que saber lo que consiente, de manera que no sólo se incluya el estado actual, sino también el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, la modalidad, las consecuencias y posibles efectos secundarios de la intervención médica proyectada y los posibles tratamientos alternativos.
- i) No debemos olvidarnos de informar de los riesgos que puede suponer el abandono del tratamiento, así como tampoco de la insuficiencia de medios técnicos, si las hubiere, por si decide realizar el tratamiento en otro centro médico con mejor equipamiento.
- j) El médico también deberá poner en conocimiento del paciente el método habitualmente empleado por la medicina para resolver su caso y de las alternativas al tratamiento. Si piensa emplear otro que él considere más adecuado para ese caso en concreto, sobre todo si se trata de emplear un tratamiento nuevo o no habitual, el médico debe informar más ampliamente sobre las posibilidades, ventajas e inconvenientes del mismo.

- k) En relación al contenido, el médico informará de todas las alternativas posibles del tratamiento que va a realizar, sobre las consecuencias seguras y sobre los riesgos más probables que se producen con el tratamiento, en concreto al que se va a someter el paciente. También, debe informarse de los riesgos típicos que usualmente tienen las técnicas o el tratamiento que se va a emplear. Por el contrario, podrá evitarse informar de los riesgos atípicos o excepcionales, que más que riesgos seguros, pueden considerarse como complicaciones.

12. Forma del consentimiento (Cómo debe prestarse el consentimiento)

El consentimiento, **se recomienda** que sea verbal por regla general, sin embargo, se recomienda por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Además, la idoneidad pasa por que el consentimiento sea concreto. Quiere decir que el consentimiento ha de referirse concretamente al acto determinado que se pretende realizar. No resultan, por tanto, legalmente válidos los formularios que autorizan el consentimiento de forma genérica o indeterminada.

13. Tiempo del consentimiento. (Cuándo debe prestarse el consentimiento)

Se recomienda que el consentimiento informado coincida con el momento de la acción, lo que en el caso del ejercicio médico se refiere al periodo de estudio y tratamiento de un determinado proceso patológico, pero con tiempo suficiente para que el propio enfermo pueda meditar sobre su decisión, salvo en casos de urgencia. No es válido el consentimiento dado en una ocasión determinada para actos que vayan a efectuarse bastante tiempo después, ni el consentimiento objetivado a posteriori, es decir, después de una intervención ya realizada.

14. Excepciones al consentimiento

Es oportuno establecer excepciones al derecho de la información para la solicitud del consentimiento:

- a) En el caso del privilegio terapéutico.
- b) El derecho a la no información. Éste supuesto se refiere a que el paciente manifieste su negativa a recibir información.
- c) Cuando la no intervención suponga un grave riesgo para la salud pública. Esto implica que como consecuencia de ello se puedan practicar reconocimientos, hospitalizaciones, tratamientos o controles obligatorios a la población, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud pública de la población, bien sea debido a la situación sanitaria concreta de una persona o un grupo de personas, bien por las condiciones sanitarias en las que se desarrolle una determinada actividad.

- d) Cuando no esté capacitado el paciente para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas.
- e) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. En estos casos, es recomendable solicitar la autorización de los familiares.
- f) Cuando se ha dado el consentimiento para una actuación médica y se plantea otra conexas en la misma. Es el caso de las intervenciones quirúrgicas en las que el cirujano encuentra una patología, íntimamente relacionada con la anterior, que será absolutamente necesario abordar en breve plazo, que no supondrá una mutilación resultante distinta a aquella para la que se consintió y en que el balance riesgo/beneficio es claramente favorable a la decisión tomada. En estos casos de consentimiento interpretado extensivamente por el médico, se deben dar los supuestos que regulan la eximente del estado de necesidad: “que el daño producido no sea mayor que el daño que se pretende evitar”.

PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA HISTORIA CLÍNICA Y RECOMENDACIONES

La historia clínica

Introducción

La historia clínica puede definirse como el documento médico, nacido de la interrelación entre el paciente y el médico, que contiene toda la información de utilidad clínica relativa al estado de salud o enfermedad del primero, la misma tiene las características de confidencialidad, disponibilidad, única, legible, veraz, completa, identificación del profesional que la elabora y que se corresponda con la asistencia prestada al paciente.

Sin perder su carácter de documento asistencial, ha adquirido también rango de documento médico-legal, al establecerse su elaboración como obligatoria, así como también su entrega de manera inextensa a las autoridades competentes, en caso de requerimiento legal en virtud de un proceso investigativo.

Puede definirse como el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.

Una medida aconsejable es que cada centro archive las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información, de manera fiel y oportuna.

Finalidad y funciones

La historia clínica es una parte de los sistemas de registro de Atención Primaria u hospitalaria, y su finalidad fundamental es ordenar la información para facilitar y mejorar la atención al individuo y a la familia, aunque también puede contribuir a aportar datos para la asistencia a la comunidad y a la investigación. Su utilidad está determinada por su capacidad para promover la reflexión sobre los pacientes, permitir aprender de la práctica asistencial y actuar de canal de comunicación entre los distintos profesionales que atienden al paciente (médicos de familia, especialistas y profesionales de enfermería, trabajadores sociales y administrativos). Sus funciones pueden agruparse en los siguientes apartados:

1. Atención al individuo y a la familia. La misión fundamental es recoger y ordenar los datos que se manejan en las consultas para que su lectura facilite la toma de decisiones diagnósticas y terapéuticas. El documento, también, servirá para recordar los procedimientos (por ejemplo, medidas preventivas).
2. Garantizar la continuidad en la atención a lo largo de toda la vida del paciente y durante todos sus contactos con el sistema sanitario.
3. Asegurar la calidad de la asistencia. La historia clínica es muchas veces el único documento que permite conocer la actuación profesional. Es una buena fuente de datos para auditorías médicas y para valorar las actuaciones sanitarias ante demandas judiciales.
4. Base de datos sanitarios. La información recogida en la historia clínica, a pesar de los problemas derivados de la falta de sistematización en su registro, permitirá aportar datos sobre los diagnósticos y las actividades preventivas y curativas que se han realizado sobre la población atendida. Esta información puede ser de utilidad para la organización de los servicios asistenciales, la atención a la comunidad, la facturación o la realización de estudios de investigación de tipo retrospectivo.
5. Identificación y control de los profesionales que han actuado en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, con lo que se delimita en los casos de denuncia por *mal praxis* las posibles responsabilidades médicas, ya que, por el sistema hospitalario de turnos, guardias, servicios, etc., resulta en un primer momento complejo determinar quién realizó el acto médico controvertido. La historia clínica se va a convertir en un documento legal o probatorio de indudable importancia, pero no por ello puede olvidarse su carácter originario y eminentemente asistencial. Las lagunas, vacíos o imprecisiones en una historia clínica no serán de por sí bastantes para determinar la responsabilidad de un profesional, pero sí que transmitirá una sensación de dejadez, abandono o desorganización del centro hospitalario y de quienes han intervenido, lo que puede motivar que sean llamados para explicar su actuación de la que no hay constancia documental.

Recomendaciones en relación al contenido de la historia clínica

Es recomendable que la historia clínica incorpore la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud, tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada.

En cuanto a su cumplimentación, la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, es responsabilidad de los profesionales que intervienen en ella.

Es recomendable que el contenido mínimo de la historia clínica abarque los siguientes documentos y datos:

1. La documentación relativa a la hoja clínico estadística.
2. La autorización de ingreso.
3. El informe de urgencia.
4. La anamnesis y la exploración física.
5. La evolución.
6. Las órdenes médicas.
7. La hoja de interconsulta.
8. Los informes de exploraciones complementarias.
9. El consentimiento informado.
10. El informe de anestesia.
11. El informe de quirófano o de registro del parto.
12. El informe de anatomía patológica.
13. La evolución y planificación de cuidados de enfermería.
14. La aplicación terapéutica de enfermería.
15. El gráfico de constantes.
16. El informe clínico de alta.

Los apartados 2, 3, 9, 10, 11, 15 y 16, se recomienda que sólo sean exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

En relación con la propiedad de la historia clínica, podría decirse que pertenece al paciente y al médico en cuanto a la posibilidad que tienen ambos de acceder a sus datos, pero también se puede decir que no pertenece a ninguno de ellos, pues no es una disposición libre y su acceso **debe de** estar limitado, de tal manera que:

- › El acceso a la misma con fines epidemiológicos, de salud pública, investigación o docencia, tiene que preservar el anonimato, a excepción de que el paciente de su consentimiento. Otra excepción es en los supuestos de investigación judicial, **donde es preceptivo** cuando así lo ordenen los Tribunales o el Ministerio Público, el aportar la historia clínica en formato legible. Si no se aportara se instará a la institución sanitaria de forma que se le informe del delito al que podría estar infringiendo, dando razón argumentada la institución judicial que corresponda, ya sea el Ministerio Público o el Juez.
- › En caso de falta de historia clínica o defecto o anomalía en su contenido **se recomienda** la inversión de la carga de la prueba con el fin de dotar de herramientas jurídicas semejantes a ambas partes. El personal que accede a la historia clínica en el ejercicio de sus funciones está obligado al secreto profesional.
- › Será recomendable la gestión y custodia de la historia clínica por un tiempo determinado, incluso en el caso de haber finalizado el proceso asistencial, que podría ser de 5 años.
- › Cada centro debería archivar las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.
- › El paciente o su representante legal debidamente acreditado y con autorización judicial tendrán derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a tener copia, pero no necesariamente en su totalidad, pudiéndose reservar anotaciones subjetivas o identidad de terceras personas que aportaron datos en interés terapéutico del paciente y que, en algún caso, podría perjudicarles.
- › Es recomendable, que entre los datos aportados consten todos aquellos que permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del enfermo, como es la anamnesis, la exploración física y el estado de la salud del paciente, así como también las órdenes médicas y la aplicación terapéutica de enfermería, la hoja de interconsulta y los informes de exploraciones complementarias, entre otros.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJO EN EQUIPO EN EL ÁMBITO HOSPITALARIO

La medicina actual y en especial la práctica de actos quirúrgicos, impone en el ámbito hospitalario fundamentalmente, **el trabajo en equipo, debido a la complejidad de las situaciones que se presentan en los procesos médicos.**

En muchas ocasiones se requiere someter al paciente a un tratamiento complejo que, requiere de:

1. Una organización del servicio médico.
2. Una labor desarrollada por un equipo de facultativos de diferentes especialidades.

Las circunstancias por las que cada vez son más frecuentes estas situaciones se deben a:

- › La aplicación de nuevas tecnologías.
- › La exigencia de especialización.
- › Los continuos avances científicos.

La figura tradicional del médico, que en exclusiva diagnosticaba y posteriormente trataba al enfermo, ha quedado eclipsada por la realidad actual, quedando sustituida por un equipo responsable de aplicación de los medios diagnósticos y curativos a ese paciente.

Como consecuencia de esta forma de trabajo, se plantea, cada vez con más frecuencia, especialmente en algunas actividades sanitarias, el problema de delimitar jurídicamente la responsabilidad de cada uno de sus miembros o, en algunos casos, cuando tal delimitación no es posible de establecer, la responsabilidad de la organización sanitaria correspondiente por el deficiente funcionamiento del servicio.

Recomendaciones en relación a la responsabilidad del trabajo en equipo

1. **Recomendación en relación a la hora de determinar responsabilidades del trabajo en equipo por la división del trabajo:** A la hora de determinar, dentro de la división de trabajo, los deberes de diligencia de los miembros del equipo no cabe establecer reglas generales, sino que ha de atenderse a las características del caso concreto: la clase y urgencia de la intervención quirúrgica; la modalidad de la división de trabajo (horizontal o vertical); el estado de formación y la fiabilidad de los colaboradores, etc.
2. Se recomienda extremar las precauciones para determinar la responsabilidad de trabajo en equipo. Las circunstancias donde con mayor frecuencia se producen son aquellas donde exista:
 - a) Falta de cualificación de los colaboradores.
 - b) Fallos en la comunicación entre los intervinientes en la operación.
 - c) Las deficiencias en la coordinación del equipo médico-quirúrgico.
 - d) Los fallos de organización en el centro hospitalario donde se realiza la intervención.
3. En el tema concreto del **derecho de información** de los pacientes, se pueden plantear problemas de interpretación con la figura del *médico responsable*. Se puede definir este como el “profesional que tiene a su cargo coordinar la información y asistencia sanitaria del usuario”.
4. Delimitar la responsabilidad de cada uno de los miembros del equipo. Pero que cuando existen dudas para identificar al responsable y se producen daños por falta de coordinación, tiende a imputarse la responsabilidad a la entidad pública o privada encargada de la organización del servicio.
5. El defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad de la entidad propietaria del centro médico, por un hecho cometido por un profesional sanitario, salvo que no haya dependencia funcional con el médico a quien se imputa la causación de daños al paciente. Esta responsabilidad se basa en la culpa *in eligendo* [en la elección] o *in vigilando* [en la vigilancia] respecto de las personas por quienes se debe responder.
6. Es recomendable que, en la aplicación de la legislación protectora de los consumidores y usuarios a las actuaciones médicas, se establezca una responsabilidad de tipo objetivo, lo que supone que no es necesario probar que el profesional ha actuado negligentemente. Sin embargo, esta legislación y por tanto este tipo de responsabilidad, tan sólo es exigible a la entidad sanitaria propietaria del centro, sin que pueda exigírsele responsabilidad objetiva al profesional sanitario por sus actos médicos. Así, algunos países **recomiendan** que, aparte de establecerse la responsabilidad directa del establecimiento cuando la prestación del servicio

es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables, se declare la responsabilidad de la Administración Sanitaria con fundamento en las normas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar a los daños imputables directamente del acto médico.

7. **Se recomienda** especial cuidado en la determinación de la responsabilidad del trabajo en equipo, atendiendo a:
 - a) La cualificación deficiente que debe ser advertida por el jefe del equipo y poner en práctica las medidas necesarias de control o instrucción de estos.
 - b) Fallos en la comunicación por mala formulación o entendimiento de las pautas a seguir.
 - c) Coordinación defectuosa, mayor cuando más grande sea el equipo.
 - d) Fallos de organización.
 - e) Deficiente evaluación de la capacidad o conocimientos médicos de los componentes.
8. Es recomendable tener en cuenta que el principio de confianza decae cuando:
 - a) Falta el conocimiento de las reglas que rigen al equipo.
 - b) Exista imposibilidad de seguirlas.
 - c) Cuando cada miembro deba compensar el comportamiento defectuoso de los demás.

El punto de partida de este axioma es la certidumbre que en principio puede esperar todo profesional de la medicina de que sus colaboradores actúan adecuadamente, con normal atención y cuidado.

9. **Se debe observar que** la responsabilidad de trabajo en equipo se determina, atendiendo a los criterios de conocimiento y competencia, y en su caso al de titulación de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar.
10. A la hora de valorar la responsabilidad de los médicos en periodo de formación se determina que el responsable de que su actuación sea la correcta y será del médico que esté encargado de tutelar su actuación. Por este motivo, **se debe tener en cuenta:**
11. Que en ningún caso la actuación del médico en periodo de formación deberá sobrepasar su ámbito por propia iniciativa. En el caso de que esto ocurriera, será entonces el médico en prácticas el responsable de esa actuación, ya que se ha excedido en sus competencias.
4. 12. En la determinación de la responsabilidad de trabajo horizontal (es la que se da entre los profesionales de igual categoría y que por lo común realizan tareas complementarias. Son profesionales que presentan el mismo nivel de formación, pero en actividades propias de su especialidad. Se da, por ejemplo, en el curso de una intervención quirúrgica, donde el cirujano realiza las funciones propias de su especialidad y el anestesista las suyas) es aconsejable que prime el principio de confianza por el cual cada profesional efectúa su actividad confiando en

que el otro facultativo actuara con correcta diligencia y conocimientos. Este principio puede fracturarse si alguno de los profesionales que actúan percibe en el otro un actuar negligente o existen dudas fundadas de la cualificación profesional de aquel.

En conclusión, para determinar la responsabilidad del trabajo en equipo, es recomendable hacer referencia a que el principio de confianza está relacionado con la división horizontal del trabajo y no con la vertical o jerárquica, y así hay que distinguir o tomar como base dos principios, el de confianza y el de división del trabajo, distinguiendo en éste entre división horizontal y vertical, conectando el primero, esto es, el principio de confianza en supuesto de división horizontal, pero no en el supuesto de división vertical.

Recomendaciones en la utilización de las guías de práctica clínica (GPC)

Introducción

La actividad clínica se basa en obtener un resultado adecuado en un paciente una vez elaborada una estrategia diagnóstica, asistencial o preventiva. Esta estrategia se basa habitualmente en la aplicación de unos conocimientos médicos sobre pacientes bien estudiados y con estrategias bien conocidas. El problema surge cuando la aplicación de estas estrategias, en base a unos conocimientos médicos, no están bien definidas por la comunidad científica. En estos casos cabrían diversas opciones de tratamiento y estrategias diagnósticas por la falta de unanimidad entre los diferentes profesionales.

Concepto de las Guías de Práctica Clínica (GPC)

Se ha consensado que las GPC de buena calidad son documentos donde se plantean preguntas específicas y se organizan las mejores evidencias científicas disponibles para que, en forma de recomendaciones flexibles, sean utilizadas en la toma de decisiones clínicas. Además, estas guías permiten la actualización de la información disponible.

La definición de las GPC que más comúnmente es utilizada en la literatura científica es la propuesta por el Institute of Medicine (IOM), en 1990 y que las define como: “*el conjunto de recomendaciones desarrolladas de manera sistemática, para ayudar a los clínicos y a los pacientes en el proceso de la toma de decisiones, sobre cuáles son las intervenciones más adecuadas para resolver un problema clínico en unas circunstancias sanitarias específicas*”. Su finalidad primordial consiste en ofrecer al clínico una serie de directrices con las que poder resolver, a través de la evidencia científica, los problemas que surgen diariamente con los pacientes.

En el año 2011 el IOM publicó varios documentos sobre guías entre los que se incluye una nueva versión de la definición, cuya traducción sería: *las GPC son declaraciones que incluyen recomendaciones dirigidas a optimizar la atención a los pacientes y que se basan en la revisión sistemática de la evidencia y la valoración de los beneficios y los riesgos de las opciones asistenciales alternativas.*

En no pocas ocasiones, el concepto de GPC se confunde con otros conceptos que en principio podrían considerarse como semejantes, como es el caso de los **protocolos** y las **guías clínicas**, también utilizados en la práctica clínica para facilitar la toma de decisiones y mejorar la asistencia clínica. Sus principales diferencias con las GPC estriban en lo siguiente:

- › Los protocolos sirven para diseñar los pasos a seguir ante diversos problemas asistenciales. Tienen carácter normativo dentro de un servicio y no disponen de alternativas. Aunque deberían ser realizados por equipos multidisciplinares, para situaciones concretas y adaptados a las posibilidades del centro, suelen utilizarse con criterios de autoridad más que con criterios de evidencia.
- › Las guías ofrecen unas directrices que deben seguirse ante situaciones clínicas previsibles, estableciendo en las distintas secuencias en el tiempo, las diversas actuaciones que deben realizar cada uno de los profesionales que intervienen.

Recomendaciones en relación a la utilidad de las guías de práctica clínica (GPC)

Ya hemos comentado el interés que tiene que las GPC sean consensuadas por el equipo médico que las vaya a utilizar, valorando los recursos sanitarios de los que disponemos para el caso concreto que se quiere aplicar. Por tanto, cabría afirmar que el conocimiento de estas guías es lo que en el ámbito jurídico se aproxima a la *lex artis*.

En base a ello, **cabría recomendar**:

1. Que como las indicaciones de las GPC son siempre unas recomendaciones que como se indica en su definición se desarrollan para ayudar a los clínicos y a los pacientes en el proceso de la toma de decisiones y sobre cuáles son las intervenciones más adecuadas para resolver un problema clínico en unas circunstancias sanitarias específicas, su aplicación se realiza en función de las características específicas de cada paciente.
2. **Es recomendable**, desde el punto de vista judicial, que la valoración del acto médico se realice teniendo en cuenta el acto concreto de que se trate, considerando las especiales circunstancias del enfermo, los medios humanos y los medios materiales que dispongamos y, por lo tanto, de acuerdo al concepto de la *lex artis ad hoc*. Por tanto, las guías, en tanto en cuando plantean unas recomendaciones, éstas no serán vinculantes cuando por la naturaleza del caso y las circunstancias específicas del mismo, permitan, por el criterio de autonomía personal, no ceñirse a sus indicaciones.

3. **Es recomendable** considerar desde el punto de vista de valoración de la prueba las GPC como un documentos que marcan las pautas idóneas en la actuación médica y por tanto sirven de patrón comparativo con lo actuado, ya que las guías son documentos consensuados y reconocidos por la comunidad científicas, con aval científico suficiente y reconocido por la comunidad científica como correcta en el caso concreto que nos ocupa.
4. **Se recomienda** que las GPC, al ser incorporadas al proceso de investigación judicial, sean valoradas de manera armónica y conjunta con otras pruebas ya sean documentales, testimoniales y periciales, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.
5. **Se recomienda** valorar que el apartarse de la actuación de la GPC genera una presunción inicial de incorrección en el actuar médico. En estos casos, se exigirá al médico que fundamente los motivos y las circunstancias por las cuales se ha apartado de dicha guía. **Es recomendable** que en la fundamentación tenga especial relevancia lo aportado por la historia clínica. En cualquier caso, la mera inobservancia de los criterios de guía no permite determinar la responsabilidad, debiendo probarse la actuación negligente o imprudente.
6. **Es recomendable** que la GPC se adapte a las características del centro donde se utiliza, en base a una dotación de personal y material técnico suficiente. A pesar de ello, puede ocurrir que exista imposibilidad de algunos centros en su aplicación. A menudo estas deficiencias están basadas en falta de comunicación, errores de interpretación, errores de coordinación del equipo, falta de personal cualificado y defectos o deficiencias de material.

En estos casos **es recomendable** que el médico comunique cualquier deficiencia que impida la aplicación de la guía especificando de manera objetiva y expresa el motivo, ante los organismos responsables, fundamentalmente las gerencias de los centros hospitalarios o coordinadores de centros de salud. Es, por tanto, **recomendable** que sea exigida la responsabilidad al centro o a los responsables de los equipos de la dotación técnica y humana para la aplicación de la GPC y la coordinación y flujo de información entre los miembros intervinientes, respectivamente.

LA PRUEBA PERICIAL MÉDICA EN CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

El estudio del acto médico, objeto de posible responsabilidad profesional, es de gran complejidad, pero debe adoptarse una línea de trabajo que permita analizar si la actuación es contraria a la *lex artis ad hoc*, mediante el estudio detallado de tres aspectos:

1. La conducta del médico.
2. La conducta del paciente.
3. Las circunstancias que concurrieron en el caso en concreto.

Respecto al médico

› **Se recomienda valorar en relación con los actos diagnósticos:**

- ▶ Si el diagnóstico fue o no correcto, y si el no serlo es consecuencia de la falta de medios, conocimientos, conducta pasiva, rareza del caso.
- ▶ Si fue dado a tiempo o a destiempo, exclusivamente demorado, donde ya la enfermedad creó lesiones irreversibles o aun no creándolas, disminuyó o anuló los efectos terapéuticos.
- ▶ Si se solicitaron pruebas diagnósticas complementarias, quien era el encargado o profesional idóneo para valorarlas, si hubo error técnico en su ejecución, en la interpretación o en la valoración.

› **Se recomienda valorar, en relación a los actos terapéuticos:**

- ▶ Los tratamientos empleados, indicados, contraindicados, con o sin previsión de efectos colaterales.
- ▶ La valoración con otros tratamientos alternativos
- ▶ Si el tratamiento fue a tiempo o a destiempo.
- ▶ Si se utilizaron dosis adecuadas y por la vía correcta.

Respecto al enfermo

- ▶ Hay que estudiar si éste entendió o no las intrusiones médicas
- ▶ En caso de no haberlas entendido si se debe al modo o los términos empleados por el médico; o a circunstancias propias de él.
- ▶ Si ha seguido o no los tratamientos y los controles indicados.
- ▶ Si hubo interferencias de otros tratamientos o consultas con otros profesionales.
- ▶ Si las consecuencias dañosas son producto de estados de alergia que el médico o no diagnóstico o el enfermo oculto.
- ▶ Si el resultado no deseable fue producto de la situación del enfermo, y si eran complicaciones previsibles o imprevisibles.

Circunstancias en las que el error apareció.

La *Lex Artis Ad Hoc*, es un concepto genérico que se define como el conjunto de reglas comúnmente aceptadas como válidas que el médico ha de emplear en la asistencia y en el tratamiento de los enfermos. Es un concepto dinámico, no estático, y así es como se puede entender que lo que la *lex artis* demanda de un médico, de un centro hospitalario, en relación con el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades, es diferente a lo que demanda para un profesional que trabaja en el medio rural.

El análisis del error médico habrá que tener en cuenta:

- › Los medios humanos.
- › Medios científicos y técnicos con los que se contaba.
- › La urgencia de la situación.
- › El trabajo en equipo.
- › Todas aquellas circunstancias ajenas al médico y al enfermo que pudieron desviar la previsión de los resultados y modificarlos de modo significativo.

En conclusión, de lo que se trata es realizar un estudio detallado del error mismo y de las circunstancias que lo rodearon.

El Médico Forense

Es el médico forense, como colaborador de la Administración de Justicia, el llamado como perito para dictaminar sobre la responsabilidad que pueda derivarse de las actuaciones profesionales de otros profesionales de la medicina. En este sentido, para fungir como Perito se requiere: ser experto, tener título expedido en el país o en el extranjero, que le habilite en la materia relativa al punto sobre el cual son llamados a referirse, para aquellas situaciones en las cuales la ciencia o arte se encuentre reglamentada a tales efectos.

Los médicos forenses establecen su dictamen de manera escrita, firmada y fechada, debe ser fundado, contener la relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos, así como las conclusiones referentes al caso.

Para ello, la peritación tendrá diferentes fases de estudio:

1. Obligación preexistente.
2. Actos médicos y/o quirúrgicos realizados.
3. Perjuicio ocasionado.
4. Relación de causalidad.
5. Circunstancias que concurren para producirse el resultado no deseado.

PRIMERO. - Se deberá comprobar si existe un compromiso previo (obligación preexistente), bien de tipo contractual o bien por imperativo legal, entre el médico y el paciente agraviado.

SEGUNDO. - Se comprobará la existencia de la denominada también *mal praxis*

Una peritación médico-legal acerca de la existencia y gravedad de la *mal praxis* médica, no debe olvidar que, ningún acto médico está exento de riesgo y éstos son tanto mayores, cuanto mayor es la complejidad de la técnica empleada (instrumental exploratorio, empleo de fármacos agresivos, etc.), y que las complicaciones son muchas veces imprevisibles, y, en consecuencia, difícilmente atribuibles a la conducta humana.

Por tanto, es importante establecer la diferencia entre *mal praxis real* (debida efectivamente a negligencia o impericia) y *mal praxis supuesta*, que no se deriva de error médico, sino del propio riesgo del acto médico, como puede ser la gravedad del proceso patológico o la aparición de complicaciones previstas o no previstas.

Se trata en último extremo, de establecer si el médico ha cumplido con su obligación respecto a un enfermo determinado, es decir, poner a su servicio todos los medios necesarios para llevar a cabo el diagnóstico de la enfermedad y aplicar los remedios terapéuticos necesarios para curarlo, aliviarlo o rehabilitarlo, incluso que haya tenido en cuenta las posibles complicaciones para que no surgieran, aunque a pesar de ello, se hubieran producido.

No debemos olvidar que el médico, en general y salvo algunos casos, está vinculado con el enfermo a un contrato de prestación de servicios o medios, sin obligación de resultado. (SCJ. Ira. Sala, 30 de enero de 2013, No. 2, B.J. 1226)

TERCERO. - Se valorará el perjuicio ocasionado.

El perjuicio ocasionado, es el resultado no deseado. Se subdivide en dos subgrupos:

- a) Resultado de lesiones y secuelas.
- b) Resultado de muerte.

En el caso de las lesiones producidas, deberá intentar aislarlas de la patología que provocó el acto médico y quirúrgico. El médico forense valorará:

- › El tiempo de curación de las mismas.
- › El tratamiento necesario para su curación.
- › El tiempo de hospitalización.
- › La presencia de secuelas y en qué medida afecta a la realización de las tareas básicas de la vida, a su vida laboral y a las relaciones interpersonales o sociales y en qué medida pueden aliviarse esas secuelas, mediante prótesis u órtesis.

En el caso de que se produzca la muerte del paciente, se debe practicar la autopsia con el fin de determinar con claridad cuál fue la verdadera causa de la muerte y las circunstancias que en ella concurrieron.

CUARTO. - Establecimiento de la **relación de causalidad** entre el acto médico imputado y el perjuicio ocasionado.

Una vez que se tienen los datos relativos a la valoración del daño y los datos relativos a la práctica médica realizada, se debe establecer la RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO MÉDICO Y/O QUIRÚRGICO Y EL RESULTADO NO DESEADO (Sentencia No. 6, Pr., Ago. 2010, B. J. 1197).

Se trata de una relación que en muchas ocasiones ofrece extraordinarias dificultades para establecerla y valorarla. Tales dificultades tienen su origen en la: "Pluralidad de las causas". En efecto, es excepcional que en la producción del daño sufrido por el enfermo exista una causa única y lineal cuya consecuencia inevitable es ese daño. Por el contrario, lo habitual es que concurren un conjunto de concausas, cada una con un papel más o menos trascendental en el desencadenamiento del daño.

Debe recordarse que, desde el punto de vista jurídico, no hay imprudencia sin resultado y, por tanto, es necesario que se establezca la relación de causalidad.

En la práctica, los criterios médicos interpretativos más utilizados para la valoración de las concausas para establecer la relación de causalidad son los siguientes:

1. Criterio topográfico. Se basa en establecer una relación entre la práctica médica y la zona en la que ha hecho aparición el daño. La relación más simple es cuando hay coincidencia topográfica. Pero esta coincidencia no es excluyente ya que pueden darse efectos de contragolpe y efectos a distancia.

2. Criterio cronológico. Muchos procesos patológicos pasan por un período de latencia o de incubación antes de hacerse patentes. Pero clínica y experimentalmente, se ha demostrado, que estos períodos cronológicos oscilan entre unos límites determinados, propios para cada proceso, que no son nunca sobrepasados. Así, su conocimiento constituye base fundamental para admitir o rechazar una relación de causa-efecto.

3. Criterio cuantitativo. Consiste en tomar en consideración la intensidad de la falta médica, poniéndola en relación con la gravedad del daño causado.

Esta relación no puede ser simple y lineal, sino variable con:

- › la causalidad del acto.
- › la naturaleza del daño.
- › la duración del período de latencia.

4. Criterio de continuidad sintomática. Ciertos daños, que se manifiestan cierto tiempo después de la falta cometida, en correspondencia a un mecanismo patogénico de cierta complejidad, deben demostrarse en el sujeto mediante ciertas manifestaciones sintomáticas, los llamados síntomas puente, que traducen aquel mecanismo, y establecen la relación causal entre el acto médico o quirúrgico y el daño a distancia.

5. Criterio de exclusión. El último criterio en la valoración médico-legal de la causalidad, consiste en excluir, en el caso que se estudia, toda otra posible causa del daño sufrido por el sujeto.

Es equivalente a establecer un diagnóstico diferencial con otras posibilidades de producir ese daño, excluyéndolas.

Ahora bien, en función de la doctrina jurídica de equivalencia de las causas, la exclusión ha de ser total, es decir, que la otra posible causa del daño lo ha de ser plena y exclusivamente, pues, si han concurrido a su producción ambas causas, son igualmente responsables. Esta limitación, justifica que el criterio de exclusión facilite pocas veces elementos de juicio válidos en la valoración de la causalidad.

Una vez valorados estos elementos, el perito debe establecer las correlaciones existentes, en su caso, entre las lesiones denunciadas y sus propias constataciones. De ello deducirá la existencia o ausencia de la relación de causalidad alegada que resuelva de forma definitiva el problema médico-legal planteado.

Estos criterios, sin dejar de ser válidos en el estudio de la relación de causalidad entre el error médico y el daño, no son suficientes de forma aislada y hay que valorarlos en su conjunto.

Jurisprudencia

Los tribunales no deben estimar como irrefutables las constataciones hechas por médicos privados sin la homologación de los médicos legistas. Tampoco puede prevalecer la certificación hecha por médicos particulares, cuyo contenido es contradictorio a las opiniones de los médicos legistas. No. 216, Seg., Sept. 2006, B.J. 1150.

Los certificados médicos oficiales deben ser expedidos por médicos legistas y deben indicar la gravedad y el tiempo de curación de las lesiones para que puedan servir de orientación a los jueces para imponer las penas correspondientes y fijar la indemnización. No. 20, Seg., abr. 2007, B.J. 1157.

