

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 79

© María José Santa Cruz Ayo

I. S. B. N.: Exento

Depósito legal: V-126-2012

Ugarit Comunicación Gráfica S.L.

Pla de Foios 13. Polígono Industrial III Moncada. VALENCIA. 96 139 99 46

EVALUACIÓN, DIAGNÓSTICO Y FORMAS DE GESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por la
Ilma. Sra. D^a. María José Santa Cruz Ayo, abogada,
el día 31 de enero de 2011

DISCURSO DE INGRESO COMO ACADÉMICO DE NÚMERO
EN LA REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN

**“EVALUACIÓN, DIAGNÓSTICO Y FORMAS DE GESTIÓN DE
LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA”**

MARÍA JOSÉ SANTA CRUZ AYO
Abogada

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Valenciana

de Jurisprudencia y Legislación,

Excmo. Sres. Académicos,

Miembros de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio

de Abogados de Valencia,

Compañeros, Amigos,

Señores y Señoras:

Cuando el Presidente de la Academia me comunicó que había sido elegida como Académica de Número, tras el segundo de alegría, creció en mi un profundo agradecimiento por quien formuló la petición de ingreso y por los académicos que lo aprobaron, y por todos, familia, compañeros y amigos, que han conseguido con su colaboración, ayuda incondicional y trabajo este inmerecido honor. En palabras de uno de mis autores preferidos Vargas Llosa, **“Me sentí de pronto como debió sentirse el mendigo cuando fue confundido con el príncipe en la novela de Mark**

Twain. Desconcertado, sin saber si sueña o está despierto, si aquello que vive lo vive de verdad o de mentiras, si esto pasa en la vida o en la literatura, entre ambas parece haberse eclipsado por completo”

Pero no voy a venir yo aquí para decir lo mismo que mi admirado premio Nobel de literatura, por lo que cabe añadir que para alguien que como yo ha dedicado toda su vida al ejercicio del derecho, que lo ha vivido y lo vive con pasión, sufriendo con los padecimientos de sus clientes y alegrándose con ellos cuando la justicia o el pacto les proporcionan la justa reparación al agravio o al daño sufrido, la invitación a participar en este maravilloso foro, colma al cien por cien mis ambiciones y compensa con creces cualesquiera sinsabores, por lo que desde ahora me siento en deuda permanente con todos vosotros, queridos compañeros académicos, por darme la oportunidad de entrar en esta asamblea del conocimiento.

La materia que he elegido para el discurso de entrada es la Sanidad, pero desde el planteamiento del conflicto, no sólo del simple relato de la responsabilidad civil médica, sobre la que hay autores, tratados, revistas y Jurisprudencia para conocer esta materia mucho mejor que quien les habla.

La complejidad de la asistencia sanitaria actual, ante la socialización de la medicina que conlleva masivas prestaciones sanitarias, la imposibilidad de que los profesionales de la medicina presten este servicio de forma individual ante los avances tecnológicos, el usuario, que tiene una evidente desigualdad ante el proceso judicial, **supone**, en la siempre complicada relación médico paciente, un síntoma de alarma, que ha marcado la evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil médica intentando proteger a la víctima, en este caso el paciente.

Los profesionales deben afrontar su tarea con un incremento de obligaciones y deberes, no solo es una exigencia rigurosa, técnica y especializada desde el aspecto formativo ante los avances tecnológicos en medicina, sino también desde su trato con el paciente, con el que tiene una doble obligación, junto al deber de informar, nos encontramos con un cúmulo de situaciones complejas.

La existencia de distintas formas de prestación públicas, privadas y ahora semipúblicas, internet que facilita al paciente acceder a las explicaciones médicas antes imposibles, la creencia generalizada de que somos inmortales y todo puede curarse ante los prodigiosos avances médicos, ha provocado una nueva situación entre paciente y profesional de distanciamiento, que hace más vulnerable la actuación sanitaria, esto ha modificado o creado excepciones a los principios que conformaban la responsabilidad médica clásica, responsabilidad basada en la culpa, era una obligación de medios no de resultado, y en ningún caso de aplicación objetiva.

En esta situación, que expongo a continuación, se debe conciliar la insatisfacción de muchos enfermos y sus familiares respecto a las actuaciones médicas y sus errores, al considerar que no es suficientemente castigada por la Justicia, cuestión cierta, porque hay mucha demanda, pero pocas condenas, junto a la propia insatisfacción de los médicos y las organizaciones sanitarias, que han calificado esta situación como inquisición, creo que hay que superar esta situación, entre todos poner las herramientas para crear un cambio en la sociedad, que prevenga el error.

Mi exposición por ello, es fruto de la experiencia profesional durante más de dos décadas como Abogada defensora de enfermos, médicos, hospitales y seguros, y tras la evaluación de la situación actual de la responsabilidad civil, me atrevo a señalar un diagnóstico para la prevención de los conflictos en esta materia.

Contenido de la Responsabilidad Civil

La responsabilidad, como término genérico, es una de las ideas más antiguas y centrales de cualquier ordenamiento jurídico desde el origen mismo del hombre.

En estas primeras aproximaciones, no podía afirmarse que se estuviera ante una responsabilidad civil, entendida en la forma en que lo está actualmente, sino más bien como una “forma personal de venganza” como podía ser la antigua Ley del Tali3n.

Lo cierto y constatable es que las primeras regulaciones sobre la materia, siempre situaban como eje principal de cualquier responsabilidad el término “daño” surgiendo en la legislación clásica romana la idea de “*alterum non laedere*” “no dañar al otro” y es aquí donde se ubica la culpa o el sentido de lo injusto como elementos fundamentales para el nacimiento de cualquier tipo de responsabilidad.

Como dice el maestro en esta materia, Ricardo de Angel Yagüe “*El no causar daño a los demás, es, quizá, la más importante regla que gobierna la convivencia humana. No en vano los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y dar a cada uno lo suyo.*”

EL Digesto de Justiniano (hacia el año 530 d.C.) estableció como injuria “*el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*”.

De todos estos inicios surgió la idea de construir la noción de daño como la necesidad de restablecer al estado anterior la lesión causada injustamente.

Podemos afirmar que la responsabilidad civil consiste en la obligación de reparar un daño cuando medie culpa en el que lo provoca.

Mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 se aprobó el actual Código Civil español, claro está, con las posteriores modificaciones que se han ido produciendo hasta el momento actual. Es en este Código Civil donde se introduce un artículo que, durante este siglo y cuarto, ha tenido un papel protagonista en nuestras relaciones personales y su repercusión jurídica ha sido muy grande. Este artículo es el 1.902 que dice “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Si en este momento intentásemos contabilizar el número de Sentencias Judiciales que se han dictado por nuestros tribunales aplicando este artículo 1.902 del Código Civil, nos resultaría imposible. Podemos pensar en multitud de situaciones en las que resulta éste de aplicación, tanto en nuestras relaciones personales, como profesionales: desde el ganado que se come el pasto de la finca colindante, la fuga de agua que le provoca daños al vecino, el accidente de circulación con terceros afectados, irrupción de un animal en la calzada,

lesiones de un trabajador por un accidente laboral, accidentes en festejos taurinos o de cualquier índole .

Es lo que se denomina responsabilidad extracontractual, que se configura como aquella que nace entre dos o más personas sin que medie una relación contractual entre ellas.

Por otro lado estaría la responsabilidad civil contractual, cuyo contenido viene regulado en el artículo 1.101 del Código Civil: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*” Aunque la norma no lo menciona expresamente, se sigue manteniendo la idea de la culpa como base para declarar la responsabilidad y su definición se contempla en el artículo 1.104, también del Código Civil.

Pero donde la aplicación de la responsabilidad civil ha tomado un carácter protagonista es en el ámbito de la salud, en la relación del médico paciente. Puede ser contractual o extracontractual. Es contractual cuando para ambos se deriva una serie de obligaciones cuyo incumplimiento generará la responsabilidad civil (art. 1101 del Código Civil); y es extracontractual cuando no existe vínculo obligacional previo, de modo que si por culpa o negligencia el facultativo o el personal sanitario causa daño al paciente, responderá de la acción u omisión culposa o negligente (art. 1902 del Código Civil).

El art. 43 de la Constitución Española reconoce como derecho fundamental la protección de la salud. Pero si atendemos a la exigencia social sobre esta materia, no solo se trata de un derecho constitucional, sino que en la mentalidad de la sociedad se ha llegado a considerar como un derecho a curarse, como una obligación para el sistema sanitario y esto es el núcleo del conflicto.

Ante el avance tecnológico y científico surgido en medicina, los grandes adelantos en medios y conocimientos que se suceden constantemente, todos los que acuden a la sanidad, pacientes y sus familiares alcanzan el convencimiento de que siempre se van a poder curar y, caso de no hacerlo, es porque se ha producido algún acto negligente por

alguno de los agentes intervinientes que ha generado este daño. Con ello el número de las demandas judiciales se ha visto incrementado de manera vertiginosa, que no es sólo por esta causa, pero va muy unida a ella.

1. Evolución de la responsabilidad civil, cuando se inicia, porqué y cuales son las claves.

A lo largo de la historia se han producido muchas y distintas formas en la relación del médico o, más bien, sanador con el paciente. Según parece desprenderse de distintos textos de historia, los primeros sanadores tenían, al parecer, la condición de brujos o hechiceros y ya se cuidaban mucho de que nadie supiera cuales eran sus “trucos” para conseguir la curación de sus pacientes y solo eran transmitidas de padre a hijos.

Desde los tiempos primitivos el origen de las enfermedades no era atribuido a causas físicas y orgánicas. Los males aun del cuerpo eran producidos por el castigo de los Dioses razón por la cual quienes desempeñaban el papel de médico eran los sacerdotes, hacían de mediadores entre el divino y lo terrenal, intercediendo por la salud de sus semejantes. Si el sacerdote no lograba restablecer los quebrantos de su paciente, NO SE LE PODÍA IMPUTAR NINGUNA RESPONSABILIDAD.

Algún texto sobre historia antigua señala que si el enfermo después de un tratamiento continuaba afectado de sus dolencias o sufría complicaciones graves o no sanaba, lo tomaba como una maldición de los seres vivos, entendían que los Dioses no querían realizar la curación y por lo tanto ese enfermo tenía que soportar el abandono, y el cumplimiento de esa voluntad superior.

El Código de Hammurabi, creado en el año 1760 a. C. (según la cronología media), es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia y en breves términos se refiere a la conocida frase «ojo por ojo, diente por diente». Aquí es donde se encuentra la primera referencia al castigo del médico y así establecía “Si

un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo opero de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos”.

Esta forma de castigo se hizo más drástica aún en la época de los Antiguos Egipcios donde se establecía la pena de muerte como forma de castigo de la negligencia médica.

En la época de Alejandro Magno se utilizaba la crucifixión de un médico por haber abandonado culposamente a un enfermo.

De esta situación de venganzas y castigos desmesurados, se fue pasando a la posición totalmente contraria, es decir, durante muchos años el médico ha tenido una posición de superioridad respecto al paciente y éste, basado en una idea de respeto exacerbada, aceptaba los criterios y decisiones del médico sin más, sin recibir explicación alguna y, en ningún caso, se cuestionaba la “autoridad” de aquel.

Finalmente, en la época actual la cuestión ha evolucionado de forma importante, alcanzando el paciente un papel protagonista y habiéndose promulgado una importante cantidad de leyes en defensa de los derechos y la autonomía de los pacientes. En este aspecto cobra una especial trascendencia el denominado “consentimiento informado”

La primera Sentencia del Tribunal Supremo en la que se trató por primera vez la responsabilidad médica en vía civil es de fecha 21 de marzo de 1950. En esta sentencia ya se hacía una diferenciación sobre los casos de medicina curativa y satisfactiva o voluntaria (especialmente supuestos de cirugía estética), es decir, no es lo mismo acudir al médico para obtener la curación de una determinada dolencia, que hacerlo para obtener una mejora de nuestro aspecto. En el primer caso se estaría hablando de lo que se denomina un arrendamiento de servicios y en el segundo se aproximaría a un arrendamiento de obra. La diferencia entre uno y otro es que, en el primero, se establece una obligación de medios al servicio del paciente y, en el segundo, se exige ya un resultado en la forma en que se haya contratado. Con el paso de los años y el auge de las clínicas de medicina estética, esta cuestión ha sido objeto de multitud de análisis, pero que, en su fondo, mantienen lo iniciado por aquella sentencia de 1950.

Ni que decir tiene que todo el campo que abarca la medicina evoluciona constantemente y, cómo no, la jurisprudencia debe acompañar esta evolución, adaptando sus resoluciones a los conocimientos técnicos sobre una determinada materia que deberán ser puestos de manifiesto al Juez. Se podrían poner varios ejemplos sobre ello, como puede ser el tema de las infecciones hospitalarias que llegaron a alcanzar un grado de responsabilidad, prácticamente, objetiva, es decir, paciente que contraía una infección y sufría daños o llegaba a fallecer, la responsabilidad para el centro hospitalario o el organismo administrativo era automático. Ahora ya no es así o se está en camino de no serlo, ahora el paciente, o sus familiares, tendrán que acreditar que la infección se contrajo por un fallo en la asepsia del hospital y que el germen sea de origen hospitalario.

Por este motivo ha sido necesario perfilar los requisitos que se entienden concurrentes para el nacimiento de una responsabilidad civil médica bien sea una responsabilidad contractual o extracontractual, debemos centrar esa necesaria concurrencia de culpa o negligencia, ese reproche culpabilístico donde descansa la idea de la responsabilidad. En definitiva, lo que todos los tribunales buscarán en su análisis o juicio de valor a la hora de dictar una sentencia es un “nexo causal” entre el acto realizado por un médico o institución sanitaria y el daño causado, puesto que no es admisible imponer al médico la obligación de curar siempre y en todo caso.

2.-La Lex Artis ad hoc

Así surge el concepto de “*Lex artis ad hoc*” o leyes del oficio, *que viene definida en los Códigos Deontológico de los Colegios de Médicos con el siguiente texto:*

Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad humana y científica. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional y se compromete a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance. El médico no debe

indicar exploraciones o tratamientos que no tienen otro fin que su protección. La Medicina defensiva es contraria a la ética médica.

Se produce una relación directa entre la culpa médica y la *lex artis ad hoc*, de manera que será el examen de esta *lex artis* la que indique si el facultativo actuó con culpa o negligencia.

La responsabilidad civil del médico tiene como objetivo principal la reparación económica de un daño derivado de su actividad profesional, bien derive aquella de la culpa contractual o de la extracontractual, pero sus elementos definidores son: A) Una acción culposa o negligente, determinada por la falta médica (*lex artis*). B) El daño. C) La relación de causalidad.

Si en el campo de la culpa civil en sentido amplio, aplicable a cualquier situación cotidiana de nuestra vida, se busca que el agente al que se reputa dicha culpa haya obrado con la diligencia exigible que se concreta en la de un buen padre de familia, **en el campo sanitario, esta exigencia es mucho mayor**, tiene su punto de partida en el propio acto médico y se exige al médico, por sus propios conocimientos, título profesional y deber de pericia, una diligencia más exhaustiva que la que corresponde a un hombre recto o a un diligente padre de familia. Por ello, el juicio comparativo debe hacerse en relación a la actuación que otro profesional, dentro de los mismos parámetros, hubiera guardado en tales circunstancias.

El médico incurrirá en una clara responsabilidad si incumple o ignora las reglas del arte aplicables al caso concreto, por lo que siempre deberá mantenerse perfectamente formado y actualizado en cuanto a los avances que en conocimientos, técnicas y estudios se vayan produciendo.

Siempre deberá tener presentes los criterios universales de actuación, los protocolos aprobados sobre una determinada materia, pero no aplicarlos de forma automática, sino que los mismos se deberán poner en relación al caso concreto, pues no son iguales todos los pacientes, ni las enfermedades se presentan de la misma forma. Incluso llegarán situaciones en las que un médico deberá actuar de manera contraria o no sujeta a los protocolos médicos, bajo el principio de “libertad clínica” pues la gran variedad de enfermos y las distintas formas en que puede manifestarse

una patología, pueden obligar a esta situación y es en ese momento donde se deben tomar decisiones que pueden resultar cuestionables, pero que no resultarán reprochables jurídicamente si se acredita que se actuó con diligencia.

Otro de los conceptos jurídicos que nacen de la evolución doctrinal y jurisprudencial en el campo sanitario para definir la *lex artis* es el “**deber objetivo de cuidado**” que debe ser entendido como aquel deber de observancia que debe tener presente un médico con la exclusiva finalidad de no causar un daño.

No es que exista una normativa o un marco jurídico o un protocolo escrito donde el médico pueda consultar en qué consiste este deber de cuidado, pues se trata de unos parámetros en constante evolución, bien sea fruto de los estudios científicos realizados, del lanzamiento de nuevos instrumentos diagnósticos o terapéuticos, de la creación de nuevos medicamentos o tratamientos y en definitiva de la puesta al día del médico en todos los conocimientos en medicina de los que puede beneficiarse un paciente.

Nuestra Jurisprudencia se mantiene hoy, en líneas generales, fiel a la concepción tradicional de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, fundamentada en la exigencia de una conducta u omisión culpable **sobre la base de que su obligación no es de resultado sino de actividad**, por lo que consiste en desplegar todos los medios disponibles tanto en el diagnóstico como en el tratamiento para tratar de curar al enfermo, sin que se responda en absoluto por el simple hecho de que tal objetivo no se alcance. Por tanto, aunque muy relacionadas entre sí y consecutivas en el tiempo, podemos decir que **la *lex artis* tiene dos tiempos o fases: el momento diagnóstico y la fase de tratamiento.**

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento.

Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad.

Debe producirse un equilibrio entre el estado del paciente y las exploraciones que se pretenden realizar, es lo que se puede denominar aplicación proporcional de la medicina. Por ejemplo, un síntoma de dolor de cabeza puede ser indicativo de la presencia de un tumor cerebral, pero sería desproporcionado realizar, sistemáticamente, resonancias magnéticas e, incluso, biopsias, a todos los pacientes que presentan un dolor de cabeza.

También es ajustado a las buenas prácticas lo que los médicos denominan ir de menos a más o de lo más general a lo particular, queriendo decir que siempre se pensará en la patología más probable y así se actuará y ante la falta de respuesta será donde se deba ir ahondando en la búsqueda diagnóstica.

Con todo ello, en ningún caso se pretende que un médico sea infalible en el establecimiento de diagnósticos, pues ello no es posible, pero se le exige que sus conclusiones sean acordes con los resultados de los estudios realizados.

Pero la realidad es que cuando se produce un final inesperado, como puede ser el fallecimiento de un paciente, comprobando que el diagnóstico inicial realizado no fue el correcto, puesto que después se demostró que padecía una patología distinta, el caso acabará en un procedimiento judicial.

La jurisprudencia tiene resuelta esta cuestión afirmando que **no puede reprocharse una conducta o cuestionar un diagnóstico inicial a la vista del resultado final producido**, si al momento en que se efectuó no era posible ni previsible tal resultado en función de los antecedentes del caso o de las exploraciones realizadas. Es lo que se denomina “prohibición de regreso”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008:

“.. no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente

fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico”.

En la fase de tratamiento, la obligación del médico consistirá en proporcionar y poner a disposición del paciente todos aquellos tratamientos que su estado requiera y de los que la medicina disponga en un momento determinado. Salvo determinadas esferas de la actividad médica, en la curativa o asistencial la obligación fundamental del médico es curar o sanar, si bien, por no ser la medicina una ciencia exacta en el sentido de que los pacientes no responden siempre igual respecto de una misma enfermedad y tratamiento, contrae solo una “obligación de medios” y no “de resultado”, careciendo nadie de derecho a que la curación sea efectiva, cosa que dependerá de múltiples circunstancias, una parte de las cuales son ajenas al dominio del facultativo, quien cumple con poner los medios técnicos necesarios a tal fin.

Estos medios pueden concretarse en:

- a) En lo intelectual: preparación o conocimientos profesionales.
- b) En lo material: instrumental o aparataje apropiado y en buen estado.
- c) En lo personal: prestación de su asistencia, su continuidad y vigilancia.

Siempre deberá actuar con arreglo al estado de la ciencia en el momento y sociedad de la realización de los actos médicos objeto de enjuiciamiento, a las reglas y leyes técnicas indicadas en el proceder profesional y a las circunstancias concretas de cada caso.

El hecho de no lograr el resultado perseguido no determina, por si solo, la responsabilidad civil, ni desde el punto de vista contractual, al no suponer este dato aislado un incumplimiento del contrato (art. 1.101) por negligencia cuando aquello a lo que se obligó no era una obligación de resultado sino de medios, ni desde el plano de la responsabilidad legal o extracontractual (art. 1.902), por la misma razón, y porque, en definitiva, la medicina no es una ciencia exacta que permita asegurar al cien por cien el éxito del resultado buscado y mal puede entonces presumirse o imputarse a título de culpa del médico el simple fracaso asistencial, haciéndose necesario demostrar que, en las concretas circunstancias del caso, hubo culpa o imprudencia médica o del profesional.

De lo dicho se desprende que la responsabilidad civil médica se aparta del principio general en esta materia.

En general, basta con probar el daño causado y el nexo causal entre la conducta culpable del causante y el daño, pero en la responsabilidad civil médica la Sala 1ª del Tribunal Supremo afirma de forma reiterada, que corresponde al demandante probar que el profesional incurrió en culpa.

En consecuencia, el Tribunal Supremo descarta en esta materia la responsabilidad más o menos objetiva, y no opera la inversión de la carga de la prueba admitida con carácter general para todo el derecho de daños.

Esto enlaza con el principio de que LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ES DE MEDIOS NO DE RESULTADO.

La evolución de este principio, debido entre otras cuestiones, que no escapan a nuestro más alto Tribunal, a la dificultad probatoria de las víctimas de negligencia médica, a veces no pueden acceder siquiera a su Historia Clínica, y llegada la hora de la verdad, sólo queda la vía procesal, acudir al Juzgado, y en estos casos el desequilibrio entre las partes es evidente.

En los juicios sobre negligencia médica, sin pericial puede afirmarse que no hay nada que hacer, y es la parte profesional la que tiene mejor acceso a peritos especializados, expertos en cada materia, por corporativismo que lo hay, a veces y porque con cualquier profesional tienen seguros, que afrontan los costosos gastos.

Esto es, a mi entender, lo que ha conducido a la evolución de la Jurisprudencia tendente en determinados supuestos a objetivar o suavizar consecuencias acuñando nuevos términos, bien sean actos médicos que son considerados de resultado, bien enjuiciando los hechos no sobre la *lex artis* sino por sus consecuencias o la falta de información.

Es así en materias tales como las operaciones de **estética**, en que además de prometer un resultado estamos ante una medicina curativa, **las Analíticas, Radiología y Trasmisiones** el solo hecho de dar al paciente un resultado equivocado implica la responsabilidad del facultativo, y yo

amplio actualmente a las operaciones de **oculares, en las que se está también prometiendo un resultado.**

Quiebra también este principio respecto a las reclamaciones contra **Administraciones Públicas Sanitarias**, basta con probar el nexo causal, amparándose la Jurisprudencia contenciosa en el llamado “conjunto de deficiencias asistenciales”.

En este supuesto de daños producidos en los servicios públicos sanitarios, la responsabilidad civil médica se desplaza esencialmente al último de los elementos, el NEXO CAUSAL, ES DECIR SI EL DAÑO ESTA PRODUCIDO POR UNA ENFERMEDAD O ESTA CAUSADO POR LA CONDUCTA NEGLIGENTE DEL MÉDICO O DEL EQUIPO MÉDICO.

Pero, no solo se queda en una enumeración de excepciones, sino que se han formulado por la Jurisprudencia una serie de conceptos, nuevos, y que vienen a apartarse del concepto de que la RC médica es de medios y no resultado, para indemnizar situaciones duras para los pacientes, y que los tribunales valoran de una forma distinta y que aparecen como nuevos criterios que desdibujan la realidad.

El primero, es el “**daño desproporcionado**”. Lógicamente estamos en supuestos donde se produce un resultado, que no es habitual y que por su envergadura hacen dudar de la correcta asistencia prestada, es decir, se produce una presunción de un mal uso de los medios aplicables por parte del médico, una presunción de mala praxis o no sujeción a la “*lex artis*”.

Como todo el sistema probatorio judicial en nuestros tribunales, el juzgador debe realizar un juicio de valor subjetivo, pues no están tasados los casos en que se produce este resultado, es decir, no existe (pues ello es imposible) una relación de posibles daños derivados de un concreto tratamiento, fuera de los cuales, estaríamos ante un daño desproporcionado. En definitiva, siempre estaremos al criterio judicial al que se deberán aportar todas las pruebas necesarias para fundar su decisión en uno u otro sentido.

Otro de los términos que ha tomado especial relevancia en los últimos tiempos en la jurisprudencia médico-sanitaria es la “**pérdida**”

de oportunidad” la cual alcanza un carácter objetivo y, si se prueba suficientemente, origina el nacimiento de responsabilidad civil y, con ello, la obligación de indemnizar.

Inicialmente, los supuestos de pérdida de oportunidad iban siempre asociados a retrasos o tardanzas en el inicio de algún tratamiento o de alguna prueba diagnóstica que se entendía necesaria en ese momento.

En la mayoría de los supuestos en que se alega esta modalidad no puede saber cual habría sido el desenlace, pues el problema suele ser grave, pero se privó de la oportunidad y ello supone un incumplimiento de los facultativos.

Sin embargo, la acogida por los tribunales de este concepto ha provocado que se esté pretendiendo introducir a través de él otras situaciones que, realmente, no suponen una pérdida de oportunidad. Este es el caso de pacientes con un diagnóstico inicial y que, después se acredita que la patología era otra distinta. En estos casos la no realización de una concreta prueba que hubiera demostrado esta otra patología es presentada como “pérdida de oportunidad” lo que no es el caso, pues los datos clínicos del paciente no justificaban el indagar en ese sentido.

Estos términos expuestos, a modo de mera introducción, resultan tan amplios y variados que podrían ser objeto de un temario independiente.

En conclusión, el análisis de este requisito culpabilístico que es la Lex artis para que nazca la responsabilidad civil médica es un concepto vivo en la Jurisprudencia, en constante evolución que requiere ante la misma, **claras soluciones en la prevención a través de la prestación del mejor servicio.**

El incumplimiento de estas reglas del oficio desembocan directamente en la negligencia médica.

3.-Negligencia Médica

No resulta fácil acotar el término de negligencia médica, pues habrá tantas formas de negligencia como tipos de asistencia se puedan producir.

Existirá negligencia o mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de una persona, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un acto profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o por inobservancia de los deberes básicos al no haber aplicado los protocolos o pautas habituales al caso concreto. En general se considera negligencia la omisión de las mínimas normas de cuidado, bien por desatención o desconocimiento, en la asistencia a un paciente.

Según el grado o la gravedad con que se haya cometido el acto dañoso, la repercusión será más o menos grave para el médico o la institución sanitaria y no solo desde un punto de vista económico, sino también se pondrá en juego la responsabilidad personal del agente.

De forma muy simplificada diremos que, como todos sabemos, existen dos formas de asistencia sanitaria, la pública y la privada, que, como es obvio, se diferencian en si hemos recibido una asistencia en un hospital público o en un centro privado.

Pues bien, la responsabilidad no se mide de la misma forma, ni los criterios son exactamente los mismos, en teoría, porque en la práctica siempre desembocamos en el análisis de la “*lex artis*”. Ni tan siquiera se aplica la misma legislación ni los procedimientos judiciales se siguen en los mismos juzgados o tribunales, pues todo hecho que se origina en un centro público se discutirá ante la jurisdicción contencioso administrativa y el que se origine entre relaciones privadas se dirimirá ante la jurisdicción civil.

Pero, además de que un acto negligente puede dar lugar a una responsabilidad civil, si tal negligencia se considera como grave e inexcusable, conllevará al nacimiento de responsabilidades penales cuyas consecuencias pueden ser determinantes, llegando a producirse sentencias con condenas por delitos en las que se establecen penas de privación de libertad e inhabilitación, además de las responsabilidades económicas.

Existen tres tipos de negligencia, que englobarían la totalidad de las posibilidades que se pueden dar en una atención a un paciente, aunque sería más acertado decir que se trata de tres posibles consecuencias derivadas de una negligencia, en función del ámbito y la gravedad con que se produzca.

En el ámbito público, donde resulta de aplicación la legislación administrativa, se parte de la idea de la objetivación del daño, es decir, el daño siempre será indemnizable con independencia de que se haya producido por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Claro está y así lo ha reiterado constantemente la jurisprudencia, no se trata de convertir a la administración sanitaria en una aseguradora universal que cargue con las consecuencias económicas derivadas de un resultado no deseado en la salud de un enfermo, sino que debe buscarse, dentro de toda la organización sanitaria, el hecho (en forma de incumplimiento negligente) que originó el daño del que el particular no tiene la obligación de soportar.

La base de esta responsabilidad viene reconocida en el artículo 106.2 de la Constitución Española cuando dice que los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En resumen, la estimación de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración exige que haya existido una actuación u omisión- administrativa, un resultado dañoso no justificado y relación de causa o efecto entre aquella y éste.

Pasando al campo privado de la medicina, la cuestión cambia pues, con carácter general, cuando acudimos a la medicina privada, lo primero que hacemos es elegir al especialista que queremos que nos atienda y a éste le corresponde la toma de decisiones, el establecimiento de diagnósticos, la realización de las intervenciones y, en general, todo el manejo del paciente.

En estos casos, las asistencias se centran en el único ámbito de actuación de su consulta privada, salvo en los casos en los que el especialista necesita un ambiente hospitalario para realizar un acto quirúrgico y acude, junto al paciente, a un hospital privado.

Estos hospitales, en aplicación del denominado “contrato de clínica u hospitalización” prestan sus instalaciones al médico, aportan todo el instrumental necesario, ponen a disposición de los médicos al personal auxiliar y cubren las necesidades de alojamiento y hospedaje de los pacientes, pero todas, absolutamente todas las decisiones, tratamientos y demás son de la exclusiva responsabilidad del médico. Por tanto, cualquier negligencia derivada del tratamiento médico en sentido estricto, será responsabilidad del médico privado y al centro sanitario solo se le podrán imputar cuestiones relativas al personal auxiliar, defecto del instrumental utilizado y cuestiones relativas a la organización y gestión que hayan podido tener una relación con el daño sufrido por el paciente. La normativa aplicable sería la que hemos mencionado, el artículo 1.902 ó el 1.101 del Código Civil (responsabilidad extracontractual o contractual).

Hay una nueva y reciente situación, que es la consideración de las aseguradoras sanitarias como responsables SOLIDARIAS de todo acto médico que se haya producido mediante la suscripción de un seguro de salud privado. Es el Tribunal Supremo el que de nuevo amplía el ámbito de la responsabilidad civil por entender que incurren en culpa in vigilando o in eligendo. Lo dice el Supremo, y a ello estamos, pero nuevamente, el más alto Tribunal, busca más responsables para indemnizar, rompiendo todos los principios que conforman la responsabilidad civil médica. Una aseguradora de salud, al igual que los Hospitales Privados, no eligen, deciden, ni ejecutan el acto médico cuyo error da lugar a la responsabilidad civil.

En el código penal no existe una definición clara de lo que se entiende por negligencia, remitiéndose siempre a la concurrencia de una “imprudencia” en forma de culpa inexcusable. Así se castiga, por ejemplo, al que, con imprudencia grave causa la muerte de otro aplicando una pena de prisión de uno a cuatro años (artículo 142 Código Penal); al que por imprudencia grave causa el aborto se le castiga con una pena de prisión de tres a cinco meses (artículo 146 del Código Penal) y al que por imprudencia grave causa lesiones es castigado con penas que van desde

los tres meses hasta tres años (artículo 152 del Código Penal).

Esta responsabilidad, evidentemente, debe ser personal, es decir, debe existir un culpable sobre el que enfocar directamente el acto negligente que, por su puesto, debe revestir cierta gravedad.

Pero, además, en una de las últimas reformas efectuadas en el Código Penal se introdujo un plus, un añadido especial, que levantó grandes preocupaciones en el sector sanitario y es la inhabilitación. Todos los artículos antes mencionados, contienen un último párrafo que dice que cuando estos hechos sean realizados por “imprudencia profesional” se impondrá, además, una pena de inhabilitación para el ejercicio de su profesión que puede ir desde uno hasta seis años.

Concretando, una muerte por imprudencia profesional grave puede acarrear al médico o personal sanitario, una sentencia en la que se le condene a cuatro años de prisión y seis años de inhabilitación para el ejercicio de la medicina y, no debe olvidarse, estos supuestos siempre conllevan una responsabilidad civil que nace del delito y, en consecuencia, también se establecen indemnizaciones económicas para los perjudicados.

Los tribunales suelen realizar un juicio de valor en el siguiente sentido: **“que la eliminación de la atención más absoluta y la no adopción de los cuidados más elementales exigidos por la vida de relación (en atención a la actividad que se desarrolla, y concretamente en este caso que se trata de médicos especialistas), conducen a la infracción de deberes fundamentales que atañen a la convivencia» y que supondrían la tipificación del hecho a través de la más grave de las imprudencias del art. 142 del Código Penal”**

Lo anterior sería para el supuesto de la comisión de una negligencia que se pueda tipificar como delito. Las negligencias menores o leves, si llegan a alcanzar una relevancia penal, suelen ser constitutivas de falta en las que, únicamente, se establecen multas para los profesionales, además de las responsabilidades económicas con las que deben correr.

He expuesto lo que entiendo es la evolución de la responsabilidad civil médica, para a continuación hablar del derecho a la información y del consentimiento informado, derechos que vienen a equilibrar la balanza de

la indefensión del paciente, y que en la práctica es el cajón desastre para buscar una nueva vía para indemnizar.

Deber de información y consentimiento informado

a. Regulación Legal

El marco normativo que contiene la regulación legal del consentimiento informado está configurado principalmente por las siguientes disposiciones:

A.- El Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 del Consejo de Europa, en cuyos artículos 5 y ss se recoge expresamente el derecho a la autonomía del paciente, y La Carta Europea de Derechos Humanos. Estos Convenios han sido firmados y ratificados por el gobierno español, y por tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo normas de obligado cumplimiento que hay que tener en cuenta en esta materia.

B.- La Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de los derechos y obligaciones del paciente. Esta Ley asegura la igualdad de todos los ciudadanos del territorio español en el ejercicio de sus derechos en la asistencia sanitaria, y aunque efectivamente las competencias en sanidad están transferidas a la mayoría de las comunidades autónomas, la Ley 41/2002 contiene una regulación básica en materia de autonomía del paciente y documentación clínica que debe ser respetada, sin perjuicio del desarrollo normativo que en esta materia lleven a cabo cada una de las comunidades autónomas.

b. El derecho de información sanitaria

Uno de los derechos más importantes de los pacientes, y con más trascendencia a la hora de gestionar la prestación sanitaria es el Derecho a la información, pues este derecho es el presupuesto básico para que el paciente pueda ejercitar todos los demás que le reconoce la Ley.

El derecho a la Información Asistencial viene recogido en los artículos 4 y 5 de la Ley 41/ 2002 y consiste en el derecho del paciente

a conocer con ocasión de todo acto médico la información disponible sobre el mismo. Esta información, por norma general se proporcionará oralmente y en determinados supuestos establecidos en la ley a los que más adelante nos referiremos la información habrá de proporcionarse por escrito.

La información tiene que ser verdadera y debe darse en términos comprensibles porque su finalidad es ayudar al paciente a tomar una decisión sobre el tratamiento médico, de forma libre y voluntaria.

La ley señala al médico responsable del paciente, es decir, al profesional que tiene a su cargo coordinar la asistencia sanitaria de un usuario, como el interlocutor principal responsable de garantizar el cumplimiento del derecho a la información, aunque no es el único responsable, pues los demás profesionales que intervengan en el proceso de asistencia aplicando una determinada técnica también serán responsables de informarle.

El destinatario del derecho a la información es el propio usuario o paciente, pues es él quien luego deberá hacer uso de ella para una vez analizada esta información decidir si se somete o no a un determinado tratamiento o intervención. También pueden ser destinatarios de la información los familiares del paciente o las personas vinculadas al mismo, pero para ello el paciente debe permitirlo de manera expresa o tácita, supuesto este que se da muy habitualmente, pues el paciente siempre suele estar acompañado de algún familiar o persona cercana a la hora de acudir al médico para recibir el diagnóstico o ser informado del tratamiento, con lo que resulta evidente que existe consentimiento tácito del usuario, pero ¿qué ocurre en los supuestos en que el paciente ha acudido sólo y posteriormente su cónyuge, pareja de hecho o familiar directo solicitan información al médico responsable?, en mi opinión, siguiendo los postulados legales, el facultativo no debe proporcionar esta información sin haber recabado antes de forma expresa el consentimiento del propio paciente, haciéndolo constar así además en la historia clínica.

b.1- La información sanitaria como presupuesto del consentimiento informado.

La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre diferencia claramente el Derecho a la información sanitaria del consentimiento informado. El derecho a la información sanitaria tiene una configuración autónoma respecto al derecho del paciente a decidir, tras haber recibido la correspondiente información clínica, si se somete o no a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica, y ello es así, porque solamente tras haber recibido una información sanitaria adecuada, el paciente adquiere la autonomía para poder consentir de forma consciente a cerca del tratamiento que va a seguir.

Es importante distinguir ambos conceptos o derechos, porque se identifican, dando excesiva importancia al consentimiento informado, puede ocurrir que el derecho a la información sanitaria quede totalmente aparcado o diluido en aquellos supuestos en los que este consentimiento informado no es necesario, por ejemplo, en las revisiones de salud rutinarias, o en aquellos supuestos en que no va ser el paciente el que decida por su falta de capacidad para hacerlo.

b.2- Límite al derecho de información sanitaria: la necesidad terapéutica

La ley concede al médico responsable la facultad de actuar sin haber informado antes al paciente, aunque esta facultad está limitada al supuesto de que por razones objetivas el conocimiento de su situación pueda perjudicar la salud del enfermo de manera grave. Le Ley en este punto que en la práctica puede ser muy problemático, no precisa lo suficiente, por lo que el ejercicio de esta limitación al derecho de información clínica por razones de necesidad terapéutica, hay que interpretarlo en el contexto de los artículos 9 y 10 de la Ley 41/2002 y entender que el supuesto de necesidad terapéutica no puede aplicarse por encima del derecho a la información básica que exige en todo supuesto la propia ley. En este sentido el privilegio terapéutico no puede operar en los casos en que nos encontremos ante intervenciones médicas importantes con riesgo para el paciente, porque este tipo de intervenciones siempre deben estar informadas, por ello, entendemos que no se trata de una dispensa del deber de información sanitaria, sino

que en realidad mediante el privilegio terapéutico lo que permite la ley es en un supuesto de riesgo inminente, dispensar al facultativo de recabar el consentimiento directamente del paciente porque entienda que en ese momento no está preparado para comprender y asumir su situación, en cuyo caso debe acudir a los familiares más cercanos o a los representantes legales para informales debidamente y que presten el consentimiento por representación.

El consentimiento informado

D.1-Alcance.

Es presupuesto esencial de la lex artis, y por ello la Ley exige su presencia en toda actuación en el ámbito de la salud del paciente.

La ley habla de toda actuación, pero en la práctica no todas deben incluirse, pues existen asistencias rutinarias en los hospitales y ambulatorios, como las curas, los vendajes, etc. que no requieren información sanitaria tan intensa, ni un deber formal de recabar consentimiento porque de ser así se colapsarían los centros sanitarios. La ley exige el consentimiento con carácter general, pero su cumplimiento dependerá siempre de las circunstancias particulares de cada paciente y de la importancia de la intervención médica.

El consentimiento debe ser libre y voluntario, es decir, sin vicios que lo invaliden. En la realidad puede manipularse la voluntariedad del paciente porque los sanitarios y familiares pueden utilizar procedimientos sutiles para conseguir que un paciente acepte determinado tratamiento o intervención quirúrgica, por ejemplo informando parcialmente del diagnóstico, riesgos, etc., comunicando unas posibilidades de recuperación mayores a las reales y, finalmente, con la amenaza del alta voluntaria si no acepta el tratamiento. No obstante, también hemos de decir que, aunque estas situaciones se presentan con más habitualidad de lo deseado, resultan muy difíciles de probar en un juicio.

D.2-Forma

La forma de recabar el consentimiento informado viene regulada en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002.

Por regla general el consentimiento puede prestarse de forma oral, aunque siempre es recomendable hacer constar en la historia clínica que se le ha explicado al paciente su diagnóstico y tratamiento y que éste ha prestado su conformidad.

El consentimiento oral será suficiente, siempre y cuando se manifieste de forma expresa, es decir, mediante actos propios del paciente (por ejemplo haber acudido a realizarse análisis, solicitar un volante, etc.)

Hay determinados supuestos en los que la ley exige recabar el consentimiento por escrito:

- Intervenciones quirúrgicas
- Procedimientos diagnósticos y tratamiento invasores
- Y en general los tratamientos o procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Estos casos no constituyen supuestos tasados, con lo que si ante una determinada situación fuera de las previstas expresamente en este apartado 2º de la norma que comentamos, el médico entiende que existe necesidad de recabar el consentimiento de su paciente por escrito, puede y debe hacerlo.

D.3-Contenido

La ley exige el consentimiento del afectado para toda actuación médica que afecte a su salud para que una vez haya recibido la información prevista en el artículo 4 de la misma, el paciente pueda decidir libre y voluntariamente tras haber valorado las opciones propias del caso.

Por tanto, para conocer el contenido del consentimiento informado debemos remitirnos previamente al citado artículo 4 que nos dice que el derecho a la información comprende, como **mínimo**, “*la finalidad y*

naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Esto es lo que podríamos denominar la INFORMACION GENERAL sobre el tratamiento, sin embargo a la hora de recabar el consentimiento el artículo 10.1 de la Ley establece lo que se denomina INFORMACION BASICA, que consiste en la obligación del facultativo de informar sobre los siguientes puntos:

.-Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad”

.-Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”

.-Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

.-Las contraindicaciones” .

D.4-El consentimiento informado en la medicina asistencial.-

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2000 la Jurisprudencia, de conformidad con el artículo 10 de la derogada LGS, venía estableciendo la obligación de proporcionar al paciente información continuada, exhaustiva y completa sobre su tratamiento, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y, respecto al consentimiento informado, se exigía como norma general la forma escrita, salvo en tres supuestos: urgencia, incapacidad y riesgo para la salud pública.

Con la entrada en vigor de la Ley Básica de Autonomía del Paciente, se han introducido cambios tanto en el deber de información como en la materia relativa al consentimiento informado, ya que esta ley recogiendo las críticas de la doctrina especializada en la materia ha racionalizado el excesivo formalismo al que obligaba la Ley General de Sanidad, porque éste podía llevar a la obstaculización del funcionamiento de los servicios sanitarios e, incluso, la exigencia de la información exhaustiva en determinados supuestos llegaba a ser contraproducente, pues proporcionar gran cantidad de datos clínicos a un paciente lego en la materia podía llevar al “bloqueo del mismo” y por ende a prestar el consentimiento de forma viciada por no ser capaz de entender esta información.

Actualmente, se han suavizado todas estas exigencias y, aunque efectivamente el artículo 4.1 establece el derecho del paciente a disponer de toda la información sobre su salud, la obligación de informar se ve más racionalizada cuando a continuación la propia norma añade que esta información *“será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”*

La ley establece que el consentimiento es necesario para cada una de las intervenciones y tratamientos invasores que se van a practicar a un paciente, esto significa que aunque el tratamiento tenga lugar en el mismo acto, si a su vez comprende distintos procedimientos o técnicas, debe recabarse el consentimiento para cada una de ellas, por ejemplo, si al paciente se le va a realizar una arteriografía cerebral que conlleva la necesidad de anestesia general, en la historia clínica debe obrar la hoja de consentimiento correspondiente a la anestesia con la explicación de el contenido de este tratamiento y sus riesgos más habituales, y la hoja correspondiente a la arteriografía, con la explicación de la técnica y sus consiguientes riesgos.

Por último la ley prevé el derecho del paciente a revocar libremente su consentimiento en cualquier momento, aunque esta revocación debe hacerse siempre por escrito.

En definitiva, para aclarar, ampliar e interpretar el apartado 1º del artículo 10 sobre el contenido de la información a la hora de recabar el consentimiento informado, podemos acudir a la doctrina del Tribunal Supremo que a través de sus numerosas sentencias ha ido fijando los parámetros o el contenido de esta información previa al consentimiento, y así explica nuestro más alto tribunal que:

“Sobre el deber/derecho de información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre claro está que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si

resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado”

Como conclusión podemos afirmar que de lo que se trata es de que el paciente conozca de un lado, lo esencial, y que esta información se le haga llegar de una forma comprensible para el mismo para que comprenda su situación, y de otro lado las distintas alternativas por las que puede optar con los riesgos asociados a cada una de ellas.

Estos riesgos deben ser siempre los típicos, más frecuentes y probables, pues no se puede hablar en términos de certeza absoluta, y por ello, informar de los riesgos más lejanos en ocasiones lleva a una asistencia desmesurada y contra productiva para el usuario, y para el fin perseguido, que no es otro que la decisión libre con conocimiento de causa.

D.5-El consentimiento informado en la cirugía estética

Si el deber de informar es aplicable a todo acto médico en la medicina curativa, cuando nos hallamos en el campo de la medicina satisfactoria o voluntaria este deber se incrementa, y adquiere un rigor particular cuando se trata de una intervención estética.

En este sentido cabe destacar por su importancia lo que dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio de 2004, que versa sobre una reclamación por una intervención reductora de mamas *“si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad”*

En este ámbito el paciente debe estar informado de todos los riesgos típicos o directamente relacionados con la intervención con independencia de la frecuencia o probabilidad con que se produzcan, la información debe ser rigurosa y, como establece la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, solo pueden quedar excluidos *“los desconocidos por la ciencia médica”*.

D.6.- Los límites del consentimiento informado

a) La renuncia del paciente:

El paciente puede renunciar a su derecho de ser informado, aunque en este caso deberá constar de forma expresa su consentimiento a no recibir información, aunque en los casos de intervención quirúrgica esta renuncia no opera pues es necesario siempre recabar el consentimiento previo.

No obstante, esta facultad de renuncia no es universal, sino que tiene excepciones contempladas en el apartado 1º del artículo 9:

.-El interés de la salud del propio paciente

.-De terceras personas (por ejemplo en el caso de enfermedades contagiosas, es necesario que el paciente mantenga unos hábitos de conducta para evitar el contagio a las personas más cercanas al mismo, y por ello, es necesario que sepa que padece esta enfermedad)

.- de la colectividad (caso de enfermedades con riesgo de contagio masivo)

.- por las exigencias terapéuticas del caso (en aquellos supuestos en que el paciente debe colaborar activamente en el tratamiento)

b) Supuestos en que no es necesario recabar el consentimiento del paciente.

Vienen regulados en el apartado 2º del artículo 9, y en todos ellos la característica general es que se trate de intervenciones a favor de la salud del paciente e indispensables.

Los casos contemplados por la ley son:

a.- cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En estos supuestos se deben aplicar las medidas contempladas en la Ley Orgánica 3/1986 que viene a establecer medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización y control obligatorios, siempre y cuando existan razones de urgencia o

necesidad y existan indicios racionales de peligro para salud pública.

En los supuestos de internamiento hospitalario por razones de salud pública se debe acudir en el plazo de 24 horas al juzgado contencioso administrativo del lugar para que controle a posteriori la procedencia del internamiento.

b.- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Este es el supuesto típico de las urgencias, cuando el paciente ha sufrido un accidente (un traumatismo craneoencefálico) o su salud ha empeorado súbitamente (un ataque al corazón, un ictus etc.) y entra en un estado que no le permite comprender lo que ocurre ni puede decir sobre si se somete o no a una determinada intervención quirúrgica o prueba médica. Se trata de supuestos en los que siempre debe existir una situación de riesgo inminente para el paciente, en que por las circunstancias de éste no es posible conseguir su autorización, por falta de capacidad psíquica, y en los que además por la urgencia del momento o lo imprevisible de los acontecimientos no es posible recabar el consentimiento de los familiares próximos o los representantes legales.

En todo caso, siempre debe quedar constancia en la historia clínica de la concurrencia de estas circunstancias, y de la decisión motivada de los facultativos de intervenir sin el preceptivo consentimiento del paciente.

D.7- El consentimiento por representación

Cuando el paciente mayor de edad no sea capaz de tomar decisiones.

Es el médico responsable el que tras examinar al paciente debe determinar si concurre o no esta capacidad natural, y en el caso de que entienda que la situación física o psíquica del paciente no le va a permitir otorgar el consentimiento informado con un mínimo de juicio o de capacidad intelectual para poder valorar las alternativas, comprender los riesgos y tomar una decisión, entonces el facultativo debe acudir para

recabar el consentimiento a los familiares más cercanos o las personas vinculadas al paciente por razones de hecho.

Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

Son supuestos de carácter objetivo. Es decir, existe una resolución judicial que, de un lado, recoge el motivo o motivos por los que el paciente carece de capacidad para consentir y, de otro lado, designa a la personas o personas que son las indicadas para representar y decidir lo mejor para el paciente (tutores o padres por tener prorrogada la patria potestad).

Pacientes menores de edad que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

De nuevo nos encontramos ante un supuesto en el que el médico responsable debe dilucidar si el menor tiene capacidad natural, es decir, si tiene juicio suficiente para comprender la situación, asumirla y tomar la decisión.

Si la respuesta es negativa, el consentimiento debe ser otorgado por sus padres, tutor, guardador de hecho o, si se trata de un menor en desamparo, por la entidad pública que se haga cargo de su guardia y custodia. No obstante, la ley prevé que si el menor tiene doce años cumplidos debe ser oído en todo caso.

El resto de los menores, es decir, los menores de 16 años, que tengan suficiente capacidad natural y estén emancipados y los que tengan 16 años cumplidos, deben prestar directamente su consentimiento, sin que quepa en ningún caso recabar el mismo por representación. Los padres o representantes legales solo serán informados en caso de actuación de grave riesgo, y su opinión será tenida en cuenta por el facultativo para la toma de decisiones correspondientes.

El extremo relativo al consentimiento de los menores sin necesidad de recabar autorización de los padres puede ser problemático en determinados casos. En este sentido un supuesto típico es que el resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 154/2002 al conocer un recurso de amparo de unos padres testigos de Jehová que habían sido

condenados como autores de un delito de comisión por omisión al no disuadir a su hijo de la negativa a recibir una transfusión de sangre estando en riesgo vital, riesgo que se materializó con el fallecimiento del menor.

El Tribunal Constitucional estimó el amparo y absolvió a los padres, argumentado la capacidad natural del menor para decidir en base a su libertad religiosa y sus creencias, y declaró que a los padres no les era exigible otra conducta distinta de la que habían mantenido.

En la práctica los casos en los que los menores deben prestar su consentimiento pueden plantear problemas complejos, en especial cuando no aceptan someterse a la intervención o al tratamiento, ya que de conformidad con la ley, si el menor tiene capacidad natural suficiente, y se opone a recibir asistencia, el facultativo poco puede hacer, especialmente cuando los padres no colaboran, por razones varias entre las que puede encontrarse las creencias religiosas.

También pueden presentarse problemas en los supuestos en que los padres deben decidir por los menores, y no aceptan que éstos se sometan a una intervención quirúrgica que puede ser vital para el menor, o no aceptan que permanezca hospitalizado, etc. A nuestro juicio, cuando los padres deben decidir sobre el tratamiento quirúrgico de su hijo, la decisión debe estar presidida por el interés del menor, por el bien jurídico que hay que preservar, que no es otro que su salud o su vida, por ello entendemos que las negativas de los padres o tutores por convicciones morales subjetivas o religiosas no son justificación suficiente, y que si el estado del menor es grave, existiendo riesgo para su vida siendo urgente la intervención, en este caso se podría aplicar el artículo 9.2 de la Ley y practicar la intervención sin recabar el consentimiento. Aunque en todo caso, siempre se deberá dejar constancia detallada en la historia clínica de las circunstancias e, incluso, sería conveniente acudir a la autoridad judicial para que refrendara la decisión del médico, supliendo así la falta de consentimiento.

4.- La interrupción voluntaria del embarazo y la práctica de técnicas de reproducción asistida se rigen por la normativa especial de aplicación.

D.8.- Consecuencias de la falta de consentimiento informado

La falta de consentimiento informado, o la información incompleta, constituye una infracción de la “lex artis”, es decir, una negligencia en el cumplimiento de sus deberes por parte del profesional sanitario.

Nuestros tribunales no tienen un criterio unánime acerca de cual es el daño a indemnizar en los supuestos de falta de consentimiento informado o de información incompleta. En los supuestos en que existe una relación de causalidad directa entre la infracción del deber de informar y recabar el consentimiento y el daño producido (por ejemplo cuando se materializa uno de los riesgos previsibles en una intervención de los que no se ha informado al paciente) por existir también una negligencia en la prestación médica (error de diagnóstico, omisión de pruebas necesarias, etc.), la cuestión es clara, el daño a indemnizar serán las secuelas causadas al paciente y las consecuencias económicas de las mismas .

La cuestión es más compleja cuando nos encontramos ante supuestos en los que ha existido un fallo en el ámbito del derecho a la información, pero el resto de la asistencia sanitaria ha sido correcta, y los daños que presenta el paciente no guardan relación de causalidad con el acto médico. En estos casos de forma muy breve son tres las posturas que adoptan los tribunales:

.- Entender que como no existe relación de causalidad con el daño se debe absolver a los demandados.

.- Aceptar la inexistencia de la relación de causalidad, pero considerar que existe un daño distinto y autónomo, el daño al derecho de autonomía reconocido por la ley, que en este caso sería un daño moral cuantificable de forma totalmente independiente a las lesiones que presenta el paciente.

.- Dentro de la línea anterior, aplicar la doctrina de la “pérdida de oportunidades”es decir, se trata de valorar en cada caso si el paciente, de haber recibido la información adecuada hubiera tomado la misma decisión, se hubiera sometido al mismo tratamiento, si la respuesta es positiva -lo que suele producirse en caso de intervenciones necesarias para preservar la integridad física del paciente o su vida- no habrá lugar

a indemnización alguna, por el contrario, si la respuesta es negativa, sí puede concluirse con certeza que el paciente de haber conocido los posibles riesgos o consecuencias de un tratamiento o una intervención hubiera escogido otra alternativa, entonces la condena deberá comprender la indemnización íntegra por todos los daños y perjuicios causados, tanto los físicos y económicos, como los daños morales, resultantes de la lesión a su autonomía.

Por tanto, la falta de consentimiento informado constituye una de las causas más frecuentes de condenas judiciales, aunque en ellas se suele aminorar las cuantías y, por ello, durante los últimos años se ha venido produciendo un examen exhaustivo de esta cuestión en todos los procedimientos judiciales sobre materia sanitaria. No obstante, parece dilucidarse un cambio, por el momento poco significativo, con la idea de suavizar esta exigencia, pues se corre el riesgo de convertir a los médicos en una especie de autómatas que se colocarán junto a los pacientes y les leerán una larga lista de posibles riesgos y consecuencias que solo conseguirán hacer dudar de todo al paciente. Entendemos muy importante, en este sentido, una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 que dice:

“Por todo ello, nuestra Sala entiende que no puede descargarse todo el peso de una actuación jurídica (...) sobre los servicios sanitarios. Es el paciente o, en su caso el familiar o allegado que lo asiste y sustituye, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito. (...)”

Un acercamiento del conflicto a todos los partícipes en el acto médico, desde pacientes, profesionales y personal sanitario, incluyendo gerencia administrativa de los Hospitales y propuestas para el mismo.

La llegada del Estado Social de Derecho y el claro aumento del bienestar han originado una mayor demanda de servicios profesionales en general y de servicios médicos en particular. Ello va muy unido al gran auge cultural, mayor preparación técnica y mejoría de la capacidad económica general de la sociedad que, por esta misma razón, alcanza unos grandes niveles de exigencia en los servicios profesionales que se contratan.

Con ello también aumenta la oferta de servicios profesionales, como lo hace la de bienes de consumo, surgiendo continuamente nuevos y más avanzados, servicios más especializados e impulsados por el desarrollo científico y tecnológico que ha permitido el acceso a ellos en mayor cantidad y mayor calidad de prestaciones a precios más asequibles, en buena medida propiciados por el aumento de oferta por parte de las aseguradoras sanitarias de salud.

En este entorno de modernidad se debe hacer partícipe a todos los implicados, con el fin de obtener unos buenos niveles de pureza y de calidad asistencial.

Todos los hospitales deben disponer de formas de comunicación de los pacientes o del público en general, habilitando buzones de sugerencias, ventanillas para quejas, etc.

El cuidado en la aprobación y seguimientos de protocolos por parte de los centros resulta fundamental para lo que se deben adaptar a los procesos de normalización, mediante la creación de normativas internas que deben auditarse y reflejarse en la obtención de los certificados de calidad que otorgan los distintos órganos de certificación, como es AENOR.

Los médicos, además de su buena preparación y cualificación, deben conseguir un prestigio y reconocimiento dentro de su propio colectivo y fuera de él, para lo cual debe participar en congresos, ponencias, publicar artículos

Todo ello le ayudará, además, a obtener un mayor acercamiento a su paciente, a obtener un mayor grado de confianza que resulta fundamental para el buen desarrollo del tratamiento que se va a iniciar. Ni que decir tiene que el diálogo entre ambos debe ser cercano y ofrecer toda la información que se entienda adecuada a las circunstancias de cada paciente, lo que no resulta del todo fácil, pues habrá pacientes que demanden una información completa y otros que solo quieran escuchar que su médico se va a esforzar en quitarle su dolencia.

Con la, cada vez mayor, oferta de prestaciones y la mayor preparación del facultativo para aplicarlos, inevitablemente deberá

asumir mayores riesgos, por lo que se deberá mantener un equilibrio de prudencia dentro de esa evolución.

Entre los riesgos mencionados se encuentran los propios e inherentes a las nuevas técnicas aplicables, pero también puede surgir un distanciamiento provocado por la condición de experto técnico del médico en relación al paciente, que puede generar cierto grado de desconfianza que dificultará la resolución de la mínima incidencia que pudiera surgir.

Desde la dirección de los hospitales, sobre todo en los públicos, se debe fomentar la participación de los pacientes en asociaciones que son creadas por colectivos que tienen en común el padecer alguna determinada enfermedad, donde pueden encontrar toda la información existente, se organizan conferencias con participación de médicos especialistas y se pone a disposición de todos unas formas de consulta de cualquier duda.

En definitiva, se trata de un entorno muy participativo, donde la concurrencia de todos los intervinientes es fundamental para seguir avanzando tanto en la mejora de la calidad asistencial y facilitando la participación y acercamiento de todos, lo cual podrá ser una forma de reducir la conflictividad.

GERENCIA DE RIESGOS Y PROTOCOLOS MÉDICOS

Gestionar los riesgos en el funcionamiento de un centro hospitalario y en la prestación de los servicios por parte de los profesionales que ejercen en el mismo, entiendo por tales, tanto los médicos como los A.T.S., auxiliares, demás técnicos en la materia, significa intentar reducir en la medida de lo posible los errores de funcionamiento

A).- Para los profesionales

1.- Conocer las necesidades y opiniones de los pacientes

Deben ser conscientes de que hoy en día los pacientes son clientes -usuarios más formados, mejor informados y con más posibilidades de acceder a foros de formación-información sobre sus derechos, por tanto,

tenemos pacientes más exigentes y que cada vez “reclaman” más.

De ahí la importancia de la calidad del trato con el paciente y de la información que se dispensa al mismo siempre, con un lenguaje claro y sencillo, y de forma continuada durante todo el proceso asistencial.

Como consecuencia de ello, es aconsejable que todos los profesionales, y en especial los que están más en contacto con estos pacientes (médicos y ATS), conozcan y sepan valorar lo que suponen las asociaciones de usuarios- consumidores y las asociaciones de pacientes.

Nosotros destacamos por su importancia a nivel nacional la WEB, pacientes.org que es un proyecto conjunto de la Fundació Biblioteca Josep Laporte y MSD para la difusión y la investigación de información sobre los derechos de los pacientes. Se trata de una plataforma configurada como un foro de comunicación al que están agregadas 1.040 asociaciones con más de 685.276 asociados. El objetivo de webpacientes.org es *“proporcionar un espacio de comunicación entre pacientes, asociaciones y organizaciones de pacientes profesionales, sociedades científicas y familiares de pacientes, así como también poner a disposición información y herramientas para el conocimiento de los derechos como paciente”*.

Su actividad va dirigida fundamentalmente a promover la información y formación necesaria en los usuarios para que participen en la toma de decisiones que afectan a su salud, y también a difundir el conocimiento de las ciencias de salud.

Esta plataforma desarrolla múltiples actividades relacionadas con la sanidad, pero sobre todo fomenta la denominada *“toma de decisiones compartidas”* contando como uno de sus documentos base con el denominado *“What patients want”*, documento resultante de la conferencia *“The Future Patient Conference”* que tuvo lugar en el año 2002 en Bruselas, y que recoge las conclusiones del estudio realizado por Picker Institute Europe sobre las necesidades de los pacientes en varios países declarando finalmente que: *“ los pacientes quieren mejor acceso a la sanidad, mejor comunicación con sus médicos y mayor participación en las decisiones clínicas que afectan a su propia salud”*.

Existen también otro tipo de asociaciones como las defensoras de los pacientes que van más encaminadas a denunciar las negligencias médicas e informar a los usuarios de cómo formular las reclamaciones.

2.- Apoyarse en las asociaciones científicas y en los colegios profesionales.

Las sociedades científicas constituyen el máximo exponente y suponen un claro e importante respaldo a la hora de desarrollar protocolos, guías, recomendaciones y es un punto de unión o reunión donde los profesionales pueden recibir todo tipo de consejos relacionados con sus patologías las cuales constituyen el objeto principal de estudio de la asociación.

Los Colegios de Médicos se encargan de la ordenación del ejercicio de la profesión de médico. Es el órgano de representación máxima para el colectivo y para la defensa de los intereses de los profesionales.

Entre sus funciones primordiales se encuentra la formación de los profesionales y la prestación de ayuda para el ejercicio de su profesión.

3.- La Historia Clínica

Es esencial este documento, en él se debe plasmar por parte de todos los intervinientes absolutamente todo el proceso, decisión, y ejecución de la prestación sanitaria, es la herramienta definitiva para médico y paciente si esto se hace bien, si todos escriben paso a paso lo ocurrido, y con buena letra.

B) Para los Centros

1.- Los protocolos de actuación

El instrumento principal con que cuentan los centros para minimizar sus riesgos son los protocolos de funcionamiento. La elaboración de un protocolo que establezca el sistema de funcionamiento o las actuaciones a seguir no solo en el ámbito de las patologías y de los tratamientos médicos, sino también en el campo de organización interna, es un medio fundamental para garantizar la calidad del servicio y también la defensa del propio centro.

Los hospitales públicos suelen tener establecidos los protocolos generales de actuación que en la mayoría de ocasiones vienen dictados desde la propia administración de la que dependen, sin perjuicio de completarse por la dirección del hospital.

Los protocolos que contemplan la organización interna adquieren toda su importancia cuando nos referimos a los hospitales privados, pues la atención de muchos de sus pacientes está relacionada con los seguros médicos privados y, por ende, con las prestaciones de las compañías aseguradoras.

En este sentido, podemos referirnos, a los meros efectos enunciativos a los siguientes aspectos:

.-Resulta indispensable tener establecido el procedimiento de actuación cuando un paciente entra por urgencias y debe quedar hospitalizado, en cuyo caso debe ser atendido -salvo que se trate de una urgencia- por el especialista del cuadro médico de su seguro, o de libre designación, si el paciente carece de seguro y está dispuesto a correr con los gastos derivados de su asistencia;

.-El tiempo de respuesta de los especialistas de cada compañía que estén de guardia localizada, etc., procurando que estos listados obren en los archivos del hospital, con el carácter de listados de guardia y que no sean un “mero documento interno” a disposición de estos facultativos. El hospital o la clínica deben controlar el efectivo cumplimiento de las guardias localizadas y, en su caso, los cambios que se produzcan por acuerdo “interno” entre los profesionales de este listado.

.-Protocolos de funcionamiento para realización de pruebas diagnósticas de carácter ambulatorio: arteriografías, endoscopias, etc.

.-Funcionamiento de sus unidades médicas: Un ejemplo muy significativo fue el caso ocurrido en la Unidad de hemodiálisis del Hospital Virgen del Consuelo en Valencia, en el que repentinamente ocurrieron varios fallecimientos de pacientes por “shock” anafiláctico. Pues bien, gracias a que la Unidad tenía protocolizado todo su sistema de funcionamiento, así como certificados con la ISO9001 -de la que vamos a hablar a continuación- todos sus equipos y productos, se pudo llegar

a determinar el origen del problema que se encontraba en el filtro del dializador fabricado por la multinacional “Baxter” y fue esta empresa la que finalmente indemnizó no solo a los familiares de los pacientes fallecidos, sino también a la propia clínica por todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del cierre de su Unidad de Hemodiálisis.

2.- Las acreditaciones o normalizaciones de calidad

Para ello se deben realizar Auditorias externas. La institución española que realiza este tipo de auditorias es AENOR . Se trata de instituto de reconocido prestigio a nivel nacional e internacional y su objetivo es contribuir *“mediante el desarrollo de actividades de normalización y certificación (N+C) a mejorar la calidad en las empresas, sus productos y servicios, así como a proteger el medio ambiente y, con ello, el bienestar de la sociedad”*

AENOR lo que hace es auditar los procesos y certificarlos, es decir, se trata de que esta entidad independiente de la parte que solicita sus servicios manifiesta la conformidad, solicitada con carácter voluntario por una empresa, en este caso sería un hospital, con los servicios del mismo, con los procesos de asistencia sanitaria, con los requisitos mínimos exigibles definidos en las normas o en las especificaciones técnicas para poder otorgar el certificado de calidad. En el contexto internacional la organización que normaliza a nivel mundial es ISO, normaliza los procesos, pero no certifica la conformidad de los mismos, de ahí la importancia de obtener los certificados de ambas auditoras.

3.- La gestión Clínica

En la práctica sanitaria actual nos encontramos ante una sociedad con una población más envejecida, más informada y demandante de recursos sanitarios y también frente a toda una serie de nuevas tecnologías y avances científicos en el campo farmacéutico. En este contexto social la medicina debe ser eficiente, eficaz, aceptada y accesible para todos los ciudadanos.

Sin embargo, en la práctica clínica diaria, las decisiones médicas a menudo van acompañadas de una gran incertidumbre por la existencia de errores, ambigüedades en los datos clínicos, incertidumbres sobre los resultados del tratamiento de una determinada enfermedad, etc.

Para hacer frente a ello, en 1991 nació una corriente denominada MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA (MBE) que a lo largo de los años ha ido cobrando importancia en la gestión clínica. El promotor de esta corriente la definió como “*la utilización consciente, explícita y juiciosa de la mejor evidencia científica clínica disponible para tomar decisiones sobre el cuidado de cada paciente*”

Se trata de diagnosticar y tratar las enfermedades en base a determinados estudios bibliográficos previamente seleccionados, y en base a evidencias científicas resultantes de los ensayos clínicos y los estudios estadísticos, conjugándolo siempre con la variabilidad que representa cada paciente en concreto.

La MBE en la práctica clínica se traduce en que ante un determinado problema de salud el médico aplica las recomendaciones clínicas individualizándolas para cada paciente, utiliza la evidencia que otros han buscado para poder utilizarla luego en otros pacientes y posteriormente la integra para poder construir sus políticas de práctica sanitaria que aplicará a posteriores situaciones clínicas.

Las herramientas esenciales de la MBE en la práctica clínica son:

- *Colaboración Cochrane*, que es una organización internacional independiente que busca ayudar a quienes necesitan tomar decisiones sanitarias bien informadas mediante la preparación, actualización y divulgación de revisiones sistemáticas sobre los efectos de la atención sanitaria.

- *Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias*: elaboran informes basados en las mejores evidencias disponibles que responden a cuestiones relativas a la seguridad, eficacia, utilidad o impacto de una tecnología.

- *Las Guías de práctica clínica*: Son recomendaciones desarrolladas sistemáticamente para ayudar a los médicos y a los pacientes a decidir sobre la atención sanitaria más apropiada en un caso concreto.

.-*Programa CASPe*: cuyo objetivo es ayudar a quienes tienen que tomar las decisiones sanitarias a evaluar de manera sistemática los resultados de los trabajos publicados, su validez, importancia y su aplicación.

.- *Bancos CAT* : Son archivos de respuestas a preguntas clínicas que se plantean en la práctica sanitaria, son el resultado final de la metodología de la Medicina Basada en la Evidencia.

4- El documento de verificación quirúrgica aprobado por la OMS

El programa *las prácticas quirúrgicas seguras salvan vidas*, fue establecido por la Alianza Mundial para la seguridad del paciente como parte de los esfuerzos de la organización mundial de la salud para reducir el número de muertes quirúrgicas en todo el mundo. El objetivo del programa es resolver todas las cuestiones relativas a la seguridad en las intervenciones quirúrgicas, mejorando la comunicación de todos los componentes de un equipo quirúrgico.

5.- La mediación Sanitaria.

Hay un conflicto claro en las organizaciones de salud, creado por la propia estructura en la que se produce la atención, hay que cuidar y curar, y esto es muy complicado de afrontar y sobre todo en grupo. Ese grupo además es heterogéneo, difícil de entenderse, compuesto por médicos, pero también por enfermeros, radiólogos, ingenieros nucleares que manejan máquinas imposibles de describir, auxiliares, camilleros.

Esto de por sí es complejo, junto a situaciones que son propensas a generar conflictos, como es moverse en el marco de las enfermedades, pérdida y la muerte, la fuerte presión asistencial, la rigidez de algunas estructuras como la hospitalaria, la limitación de medios materiales y recursos humanos, que en este momento de crisis profunda económica todavía es más acuciante, estas situaciones reales y diarias, hacen que la asistencia médica sea cada vez más alejada de la exigencia de la *lex artis*, y se produce una deficiencia asistencial que tiene su repercusión en la masiva afluencia de usuarios de la sanidad por los asuntos más

variopintos, muchos de los cuales, si se hubiera producido una asistencia humana y cercana al sujeto se hubieran podido prever y evitar.

Hay que tener en cuenta que todo conflicto no resuelto y que se perpetua en el tiempo puede dar lugar a situaciones de riesgo psicológico para los profesionales, con costes importantes tanto para los afectados, como para los hospitales.

Ante lo conflictivo del medio en que nos movemos, no se puede dar respuesta simplemente a través de los métodos tradicionales -incluyendo los de justicia- sino que lo ideal es implementar en las propias organizaciones prestadoras de salud nuevos métodos de gestión, tales como la mediación o la negociación, que dan una respuesta adecuada, rápida y económica. La mediación, gestiona y resuelve los conflictos, y es una excelente alternativa de prevención y tratamiento.

No es una propuesta novedosa, sino que en Cataluña, en los Hospitales Públicos es una realidad, con resultados reales, la mediación ha conseguido en este proyecto un cambio de la cultura organizativa, ha mejorado el nivel de satisfacción de los usuarios de la salud, también la salud laboral de todos los profesionales que en ella trabajan, y ha supuesto la disminución de costes laborales.

Este es el camino de la solución de conflictos, que el profesional aprenda a prevenir el conflicto, que conozca las técnicas y herramientas para convivir con la ciencia, la formación, la enfermedad, el grupo, la masiva prestación, consiguiendo de nuevo un acercamiento al paciente, la mediación es una técnica, que debe incorporarse a la actividad de los profesionales para resolver conflictos, al igual que se aporta a la medicina nuevas y avanzadas tecnologías habrá que incorporar estos métodos previos a la contienda judicial.

Quiero concluir citando al humanista, sobre todo médico, y Académico de número de las ocho Academias Españolas, Dr. Marañón que hace casi 70 años dijo “No hay enfermedades sino enfermos” y que en mi opinión es el eje que mueve la responsabilidad civil médica, ese enfermo que merece el mejor de los esfuerzos por parte de todo nuestro sistema sanitario y el mayor de los respetos que solo se manifestará en toda su plenitud, cuando ante el error, la negligencia o el fallo estrepitoso

del sistema, la respuesta no sea el corporativismo, la opacidad o el silencio, sino la transparencia, el reconocimiento del humano fallo y el afán de superación, para evitar la repetición daño.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LA ILMA. SR. D. MARÍA JOSÉ SANTA CRUZ AYO, PRONUNCIADO POR EL EXCMO. SR. D. FRANCISCO REAL CUENCA.

Excelentísimos e Ilustrísimos Sres. Académicos, Autoridades, miembros de la Junta de Gobierno del ICAV, queridos compañeros, Sras. y Sres.:

El brillante Discurso de la nueva Académica se ha centrado en exponer su visión de la evolución de la responsabilidad civil médica, pero no sólo se ha quedado en la exposición de la materia desde el aspecto doctrinal y Jurisprudencial, sino que trata de hacer un diagnóstico actual de esta materia, a la que denomina conflictiva, pero aportando ideas de gestión y de prevención.

En la exposición no se duda de que la negligencia debe ser perseguida, pero al carecer de medios preventivos por parte de toda la organización de salud, se desdibuja la realidad, existiendo sólo una solución, la Jurisdiccional, el litigio, que en definitiva no satisface a ninguna de las partes implicadas.

Propone, entre otras cosas, medidas de acercamiento entre las partes y, sobre todo, que debe implantarse una formación continua del profesional médico, que no sea un ser aislado en su especialidad, y que aprenda a gestionar el riesgo, a aplicar en la organización de salud aquellas técnicas que permitan conseguir un trato humano que permita paliar esta situación. Siempre existe y existirá en esta materia el acceso a los Tribunales de Justicia, pero no se debe utilizar la vía penal en la forma que se está haciendo, en la mayoría de los casos, para conseguir una indemnización

Se señalan una serie de conclusiones en la evolución de la Jurisprudencia en esa materia, una de ellas, y quizás la más llamativa, a diferencia del resto del derecho de daños, es la responsabilidad civil del médico individualmente, y en un procedimiento civil, no tiene cabida la presunción de culpa, y por tanto tampoco se produce la **inversión de la carga de la prueba**, que siempre recaerá sobre el usuario demandante.

Esta cuestión de la no inversión de la carga de la prueba llega en la doctrina más reciente a límites incalculables y con manifestaciones doctrinales muy interesantes, así, el profesor Pantaleón Ruiz, respecto a este tema de la inversión de la carga de la prueba ha manifestado **“El tema de la prueba de la causalidad y la culpa es delicadísimo en materia de responsabilidad civil médica, y lo avala el siguiente dato. El Tribunal Supremo Alemán invierte la carga de la prueba de la culpa y a veces la carga de la prueba de la causalidad, va mucho más allá que nuestro Tribunal Supremo y lo hace con el argumento de que la igualdad de armas en el proceso exige esas inversiones”**. Lo expuesto plantea sin duda la posibilidad, cada día más creciente, de que el Tribunal Supremo llegue a invertir la carga de la prueba, porque la evolución expuesta en esta materia es indudable, y como bien dice el Catedrático y abogado Ricardo de Angel Yagüe *“esta cuestión no es tanto quién debe probar como a quién perjudica el no probar”*.

Difícil solución, pero como dice la doctrina, no podemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento civil, en el que la justicia es rogada, y a pesar de la aplicación del principio de no inversión de la carga de la prueba, la realidad consiste en que debe entrar en juego las reglas del onus probandi, de manera que, en el juicio de valor que concluye en la Sentencia, se deberá desestimar las pretensiones de la parte que no haya probado lo que alega en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Es lo que llama la Sala 1ª del TS “regla de juicio” en materia probatoria, es decir, se aleja de concepciones rigurosas de inicio de esta materia.

Esta situación de la carga de la prueba sólo queda en la Jurisprudencia delimitada a la culpa del profesional, debiendo además la víctima probar que no concurren los demás elementos que conforman la responsabilidad civil y sobre todo la relación causa efecto.

Este es el requisito más importante en la evolución descrita por la nueva Académica, incuestionable para que prospere cualquier responsabilidad civil, en cualquiera de los ámbitos, y en principio parece claro que corresponde a la víctima probar que el daño que reclama ha sido causado.

Esta relación, causa efecto y su prueba, es especialmente compleja en el ámbito sanitario. La comprobación de la relación entre el resultado dañoso y la conducta negligente es a veces imposible al entrar en juego ámbi-

tos científicos y tecnológicos, que en muchas ocasiones se desconocen cuantos pueden ser sus consecuencias, provocando indefensión a la víctima.

Incluso, en muchas ocasiones, es imposible la determinación del sujeto responsable de la conducta imprudente causante del daño. Por ejemplo, cuando intervienen en la prestación del servicio varios profesionales, con calificaciones diferentes, con jerarquías en el propio servicio, lo que dificulta siempre el inicio de cualquier reclamación.

Pero es igualmente difícil cuando hablamos de la necesaria pericial que hay que acompañar a todo proceso de responsabilidad civil. La desigualdad que se produce entre las partes es más que evidente, mientras que el profesional al que se le imputa la posible conducta negligente puede acceder con facilidad a un pericial sin importarle el coste, por cuanto tiene una aseguradora detrás que pagará los gastos de peritaje, la víctima no se encuentra en la misma posición lo que deviene en una dificultad añadida. Lo indicado ha hecho evolucionar esta materia por el Tribunal Supremo, suavizando los principios rígidos, siempre en determinados supuestos, como son la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, la de la probabilidad estadística, y la pérdida de oportunidad, que han sido explicadas brillantemente por la nueva Académica.

Una de las manifestaciones esenciales de esta evolución, y realmente donde creo que suaviza el problema de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica que recae sobre el demandante se produce en aquellos supuestos en que hay responsabilidad objetiva, cuando se dirige la reclamación contra la Administración Sanitaria. En estas hipótesis, como ha quedado expuesto, basta con probar la relación causa efecto, es decir, si el daño está producido por la enfermedad o por la conducta negligente del médico o del equipo médico.

La conflictividad también es enorme en esta materia si se acude a la vía contenciosa administrativa. Resulta ventajoso para el médico pues libera de la carga personal que el error le supone, y también para el paciente que se libera de la pesada carga de la prueba de la culpa, pero no así para las Administraciones Sanitarias.

Yo diría que hasta los años 80, más bien en los 90, la Administración no era muy proclive a suscribir seguros que cubrieran la responsa-

bilidad patrimonial en que pudiera recaer, pero la realidad de las indemnizaciones que empezó a soportar planteó, sin género de dudas, la necesidad de suscribir pólizas de seguro, marcando un hito en esta materia la rotura de la presa de TOUS, en Valencia, o la Colza.

El número de reclamaciones que se soporta, y el aseguramiento limitado hace que realmente sea antieconómico y una ruina para la Administración. De hecho, pocas aseguradoras optan por asegurar tales riesgos en la actualidad, siendo el importe del riesgo elevadísimo, claro ejemplo ha sido el caso Maeso. La Administración Sanitaria soportó el coste de la curación y tratamiento de 270 enfermos, aunque recuperara de las distintas aseguradoras intervinientes las indemnizaciones por responsabilidad civil, pero y ¿el coste de la Administración de Justicia?, fueron 150.000 €, hasta el Colegio de Abogados participó en el mismo. Por ello, las razones preventivas que en esta materia se proponen por la nueva Académica no pueden ser más cercanas a la realidad, debe evitarse la existencia de macro-juicios, por su coste social y económico.

En esta materia hay que afirmar que la Sala 3ª del Tribunal Supremo no aplica la responsabilidad objetiva en sentido estricto. Por el contrario considera que la Administración responde no solo por el funcionamiento anormal sino también por el normal, y entiende que si no existe negligencia tampoco hay relación de causalidad o el daño no es antijurídico, porque lo contrario sería convertir en una aseguradora universal que soporte todas las consecuencias económicas derivadas de un resultado no deseado en la salud de un enfermo, sino que debe buscarse el hecho que originó el daño del que el particular no tiene la obligación de padecer.

Podemos concluir en este apartado que **la inexcusable necesidad de relación de causalidad en la responsabilidad civil médica es obligatoria tanto en los casos de imputación por culpa como los sometidos a la responsabilidad objetiva.**

Dentro de las soluciones que se plantean por parte de la Académica, para evitar el error y como forma de restablecer el equilibrio entre médico y paciente perdido, está el cumplimiento del deber para el médico y el derecho para el paciente de “información”.

Realiza el discurso un exhaustivo análisis de cuál es el alcance y contenido del derecho de información, es uno de los derechos más importantes de los pacientes, y presupuesto básico para el ejercicio de los demás derechos.

Este derecho es capital y su importancia se deriva de la realidad de que la medicina no es una ciencia exacta, y del principio analizado en el sentido de que la obligación del médico es de medios y no de resultados. Además, debe analizarse junto a otro principio, el de la libertad médica. Por esta razón el médico que diagnostica no hace más que elegir distintas posibilidades para buscar la curación pero que no están exentas de error. Y es en este marco, el paciente debe ser absolutamente libre de aceptar esos márgenes de error, y conocerlos, de ahí nace el derecho y la exigencia de prestar su consentimiento.

Debemos resaltar la importancia y acierto que la Académica da a la prevención, y la necesaria gestión de esta materia, en la que no hay, hoy por hoy, ningún mecanismo previo que permita a las partes un acercamiento antes de que la posible víctima inicie una reclamación judicial. No olvidemos que en la vía civil puede incrementarse con la condena en costas, y no está lejana que igual ocurra en la legislación contenciosa administrativa, hoy sin costas en la instancia, pero que, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial a propuesta de la Junta de Jueces de Valencia precisamente, parece que veremos en un cercano futuro la realidad de las costas por vencimiento.

El incremento de las reclamaciones judiciales en materia de responsabilidad médica está originada, según manifiesta adecuadamente la nueva Académica, por diversas causas, entre las que destaca la socialización de la medicina, que conlleva un número elevado de prestaciones sanitarias, las complejas organizaciones de salud, que impiden ante el paciente ese trato directo, necesario y personal que requiere como principal remedio cualquier enfermedad, los avances tecnológicos que producen desequilibrio entre partes y, porque no, la esperanza que tiene el hombre de obtener una curación, en evitar la muerte.

En conclusión, se plantea en este discurso, la realidad de unos profesionales, los médicos, pero parece destacarse que no solo nos encontramos en las demandas judiciales ante al existencia de una negligencia

cia o imprudencia del médico, de donde nace la responsabilidad, sino que hay un conflicto mayor que es el trato humano que ha desaparecido de la relación médico paciente y por ello debe favorecer la búsqueda de mecanismos de ayuda, no podemos dar una respuesta única, que es la de acudir a los Tribunales, sino que es necesario aportar soluciones al complejo mundo de las organizaciones de salud.

Y como Presidente de la Academia y Decano del Ilustre Colegio de Abogados esta conferencia me lleva a la reflexión de que los Abogados nos encontramos con el mismo nivel de exigencia ante la responsabilidad profesional. Debemos tomar nota y reflexionar, debemos aplicar esta realidad en nuestra actividad diaria, encaminada a la especialización, en la que la información al cliente se convierte en el principal derecho de nuestros clientes, al igual que los médicos.

LA ACADÉMICA

Siguiendo la inveterada costumbre paso a enumerar los méritos de la nueva académica.

El espléndido discurso que hemos escuchado acredita la notoriedad y méritos jurídicos de la recipiendaria

Me van a permitir los señores académicos que teniendo en cuenta la importancia de la abogacía y del Ilustre Colegio de Abogados en esta Academia, como presidente de la misma y Decano de este colegio, próximo a terminar mi mandato, rinda homenaje a la abogacía en la persona de M^a José Santa Cruz, consideración a la abogacía y a todos los compañeros, que tan desinteresadamente, con tanto esfuerzo y generosidad han prestado servicio a este Colegio como miembros de su Junta de Gobierno.

En M^a José encontramos el espíritu vivo de las virtudes que deben adornar a todo abogado. Su capacidad de estudio es ilimitada. Siempre atenta y dispuesta a reciclarse.

Constantemente he encontrado en M^a José una dedicación al trabajo, infatigable al servicio de la Justicia.

Es persona esencialmente leal con sus clientes y sus compañeros adversarios. Tolerante con los demás, con sus ideas y actitudes. Olvida rápidamente sus victorias y sus derrotas. Es una amante de su profesión.

Tan solo voy a enumerar algunas de sus muchas actividades desarrolladas de manera totalmente generosa. Su dedicación a las mismas, el sacrificio personal que ello comporta ha sido altísimo. Igualmente la eficacia de tales trabajos al servicio de los demás:

- Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia en el año 1982.
- Diplomada de la Escuela de Práctica Jurídica del ICAV el mismo año.
- Secretaria sustituta del Juzgado de Distrito 1º-2 de Torrent.
- Ejerce su profesión de Abogado ininterrumpidamente desde el año 1986 hasta la actualidad.
- Seleccionada por la aseguradora Mapfre como Abogado de la misma desde 1986, continuando prestando servicios para dicha aseguradora tanto en Mapfre empresas como en Mapfre familiar en la subcentral de Levante.
- Socia fundadora del prestigioso despacho de abogados, en la actualidad Sáez Santa Cruz Abogados, S.L., sociedad profesional.
- Desde 1995 Abogada de responsabilidad civil del Grupo de Hospitales NISA.
- Durante los años 2004 a 2007 Diputada 5ª de la Junta de Gobierno del ICAV. Dicho año fue elegida como Vicedecana de tal Junta, cargo que ejerce en la actualidad.
- Compagina su actividad profesional como Abogado con la formación de todos los compañeros abogados. Preside la Comisión de Formación de este Colegio, Departamento que ha alcanzado un alto nivel y reconocimiento nacional. Miembro de la Comisión de Formación del Consejo Autonómico de Colegios de Abogados de la Comunidad Autónoma; igualmente miembro de la Comisión de Formación del Consejo General de la Abogacía Española y de la Subcomisión de Mediación del mismo.
- Directora del Centro de Mediación de la Corte Europea de Arbitraje para el Mediterráneo y Oriente Medio.
- Ha asistido a numerosos cursos a nivel nacional e internacio-

nal, destacando su intervención como Ponente en la sesión de mediación de las Jornadas del Arbitraje y Mediación del Mediterráneo en Roma.

- Miembro de las Comisiones de los distintos Master de Mediación celebrados en el Colegio por acuerdo con el CEU Cardenal Herrera. Igualmente del Consejo Asesor del Primer Master de Gestión Financiera.

- Promotora y Ponente de los cursos de iniciación a la profesión de la Abogacía celebrados en el ICAV.

- Igualmente de numerosos cursos y jornadas, entre otras, la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

- Consultora de la Universitat Oberta de Catalunya. Postgrado Gestión de Conflictos en Organizaciones de Salud.

- Promotora y coautora del Centro de Mediación del ICAV.

Estas son tan solo algunas de sus facetas, haciéndose acreedora de ilimitados méritos.

Por todo ello, es para mí un honor y una alegría, pero sobre todo un acto de rigurosa justicia, recibir como Académica de Número en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación a la Ilustre Abogada, maestra de abogados, y directiva de la Abogacía, desde su cargo de Vicedecana del ICAV, a la Ilustrísima Sra. Dña. María José Santa Cruz Ayo.

Bienvenida.