

**¿EXISTE LA MEDICINA A LA CARTA?
¿PUEDE EL PROFESIONAL SANITARIO IMPONER SU
CRITERIO CLINICO AL PACIENTE?
REFLEXIONES A LA LUZ DE LA NUEVA LEY 4172002, DE 16 DE NOVIEMBRE**

Autores: Asunción López – Saez y López de Teruel (Matrona. Licenciada en Derecho
Juan Siso Martín (Licenciado en Derecho. Docente en Derecho Sanitario.
Director de la Institución del Defensor del Paciente de la Consejería de
Sanidad de Madrid).

Resumen

Una vez superada la etapa de paternalismo sanitario, ejercida tantas veces bajo pretexto del Principio de Beneficencia, la relación asistencial se horizontaliza, se hace simétrica y equilibrada y en este ámbito de “alianza terapéutica” ambas partes: profesional sanitario y paciente han de conjugar capacidades y limitaciones. El sanitario no puede imponer, con carácter general, al paciente actuaciones (aún asistencialmente correctas) contra la voluntad de este último, pero tampoco al paciente le está reconocido el derecho a obtener una asistencia conforme a sus apetencias, si se encuentran aquellas en discordancia con las recomendaciones clínicas concretas del caso, a criterio del profesional sanitario.

Puede compendiarse esto que acabamos de exponer en dos principios básicos:

- ◆ El profesional sanitario no está obligado a seguir las peticiones de un paciente si no las considera clínicamente adecuadas, pero para seguir otra actuación distinta ha de contar con la voluntad de aquel.
- ◆ En cualquier caso, si el paciente se opone a una actuación sobre él (salvo en las contadas excepciones legalmente recogidas) el profesional puede tratar de persuadirle de su conveniencia, pero jamás podrá actuar contra la voluntad del paciente.

Veamos un breve desarrollo de este criterio básico de respeto a la autonomía y libre determinación de los pacientes.

Introducción

El derecho a la información, respecto del enfermo o de la persona sana, tiene como objeto el fundamentar decisiones trascendentales para la conservación o recuperación de la salud. El paciente, inserto en la relación que le vincula con el Sistema Sanitario está en realidad a merced del mismo, por su situación de incertidumbre y por la falta de dominio científico del medio que le atiende.

La necesidad de consentir, por parte del ciudadano, considerada hoy como una obviedad, surgió a partir del Código de Núremberg en 1947, ante los excesos cometidos bajo pretendidos criterios científicos, en personas consideradas solamente materia prima experimental. Hasta mucho después, sin embargo, no se incorpora a las legislaciones nacionales y en España, concretamente, sucede a partir de la Ley General de Sanidad de 1986.

La información es el presupuesto ineludible de la autonomía individual para emitir el consentimiento y éste, a su vez, legitima la intervención sobre el paciente, a diferencia de lo usual en épocas anteriores en las que (bajo criterio paternalista) las decisiones del paciente las tomaba el médico sin contar con aquel.

La reciente Ley 14/2002 considera como Consentimiento Informado la conformidad voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una decisión que afecta a su salud. Son tres., pues, los elementos a considerar:

Un paciente capaz / Que recibe información adecuada / Y emite una decisión libre
Analicemos estos diversos puntos a considerar

A quien se ha de informar

Es preciso comenzar por el supuesto básico: Se trata de un paciente capaz y consciente que emite su consentimiento bajo las condiciones siguientes:

- Capacidad suficiente (ausencia de incapacidad, por edad o salud)
- Consentimiento válido (carencia de vicios en él)
- Forma debida (consentimiento expreso y concreto)
- Anterior a la intervención (con posibilidad de revocación)

Respecto de los menores ha venido considerándose que el límite de edad de 18 años es orientativo, debiendo de atenderse a la madurez mental de un menor en concreto. La voluntad de los incapacitados, por otras razones, se suple por la de sus representantes legales, sin perjuicio de la obligación de informarles conforme a su grado de comprensión y discernimiento.

El tratamiento concreto que la vigente normativa (Ley 14/2002) hace respecto de los menores es el siguiente:

- * Menores de 12 años: Decide, libremente, por ellos, su representante legal.
- * Menor de edad, pero mayor de 12: Ha de ser oído.
- * Mayor de 16 años o emancipado: Decide el menor
- * En caso anterior si grave riesgo: Padres deben ser informados y oídos.
- * Mayoría de edad es necesaria para decidir en IVE, reproducción asistida y ensayos clínicos.

Cuando el destinatario es una persona circunstancialmente inconsciente pueden darse los casos siguientes: Que la situación permita una demora en la actuación, en cuyo caso se espera a que el paciente recupere la consciencia o bien se intenta localizar a sus familiares para que tomen la decisión que proceda. Cuando la actuación requiere inmediatez el médico obrará bajo su criterio profesional, amparado en el estado de necesidad. En este sentido se pronuncia la Ley 14/2002 cuando recoge como excepciones a la obligación de informar al paciente aquellos casos en los que esperar a su conformidad podría depararle graves e inmediatos daños en su salud.

Es importante señalar que el sujeto a quien ha de informarse y subsiguientemente puede prestar su consentimiento es aquel que ha de ser sometido a la acción clínica y que ese derecho a decidir es personalísimo. Queremos traer a colación, como ilustrativa en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, 24 de Mayo de 1995 que estimó no válido el consentimiento

prestado por el esposo de la mujer intervenida de cesárea a quien se practica una ligadura tubárica sin su conocimiento, "...al no concurrir circunstancia de incapacidad o urgencia..."

Momento de la información

Como ya hemos apuntado ha de ser facilitada con anterioridad a la acción clínica que ha de ser consentida, por razones obvias, sin embargo podemos considerar admisible un consentimiento de convalidación (posterior) asumiendo dicha actuación. Otra cuestión temporal es la del mantenimiento de la información que ha de seguirse durante todo el proceso clínico, si bien hemos de observar lo innecesario de ir suministrando conformidad a cada actuación, tras ser informado de la misma. La aceptación del proceso principal supone la de las acciones complementarias. Dar conformidad a una intervención supone aceptar las pruebas preoperatorias, evidentemente.

Contenido de la Información

Es preciso matizar que ha de reunir unas concretas condiciones, que podemos resumir así:

Simple: La información ha de ser suficiente, aunque no excesiva.

Clara: Debe de expresarse en términos comprensibles.

Leal: Contendrá la verdad, sin cambiarla ni recortarla.

Continuada: Durante todo el proceso asistencial.

Escrita: Es éste un aspecto muy matizable, pues una información bajo forma escrita, aplicada con carácter general, podría enlentecer e incluso paralizar la práctica clínica diaria. Así la Ley 14/2002 (en su artículo 8.2) establece como regla general la forma verbal respecto del consentimiento, si bien se prestará bajo forma escrita en los siguientes casos:

- * Intervenciones quirúrgicas
- * Procedimientos invasores
- * Cualquier actuación de notorio riesgo

La utilidad de la constancia escrita es, evidentemente, la de su capacidad probatoria ante una reclamación administrativa o judicial, por su inclusión en la Historia Clínica. Esta, junto con otros documentos de la misma índole, ha sido considerada como una "vacuna legal"

Alcance.

Riesgos ordinarios y riesgos extraordinarios: La obligación de informar suele entenderse referida a los primeros, entendiéndose por tales los concretos del acto o intervención de que se trate y que pueden, a su vez, ser frecuentes o no (sin confundir los riesgos ordinarios, pues, con los frecuentes). Hay que añadir además información sobre los riesgos concretos del medio y del estado del paciente. Cuando se trata de medicina satisfactoria (cirugía estética, por ejemplo) la información habrá de extenderse, también, a los riesgos extraordinarios.

El hecho de que el paciente haya sido debidamente informado no quiere decir que asume todos los riesgos de la intervención curativa que se le practique (e incluso una eventual mala praxis) sino tan sólo los riesgos típicos, como contrapartida de los beneficios que pretende la intervención.

Tratamientos curativos y no curativos: Se dirigen los primeros a la recuperación de la salud. Mientras que los segundos afectan a campos como el antes referido de la cirugía estética o las esterilizaciones no terapéuticas, por ejemplo. En los curativos la obligación es de medios, mientras que en los segundos lo es (en términos generales) de resultados y por esta razón en los no curativos la información ha de ser exhaustiva y la actuación precisa de diligencia exquisita para no generar responsabilidad en el profesional sanitario.

Contenido del Documento

Queremos hacer una distinción previa y es la de diferenciar entre *protocolos de actuación médica* y *de consentimiento informado*. Los primeros recogen una serie de estándares convenidos para la actividad clínica técnica, mientras que los segundos establecen el contenido que fundamenta el consenso del paciente a la actuación clínica. A éstos nos referimos ahora.

Podemos considerar, como contenido imprescindible, en los documentos de consentimiento informado, los siguientes elementos:

- Identificación del médico y del paciente
- Descripción de la actuación clínica
- Relato de consecuencias seguras
- Descripción de los riesgos típicos
- Descripción de riesgos personalizados
- Constancias del “enterado” del paciente
- Consentimiento subrogado (en su caso)
- Mención de la posibilidad de revocación

La Ley 14/2002 añade las contraindicaciones y concreta un interesante principio, cual es el de que el médico responsable deberá de ponderar que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento (escrito) del paciente.

No pueden contener estos documentos cláusulas abusivas, como aquellas que recogen exoneración de responsabilidad, en caso de daños, alternativas en blanco, autorizaciones genéricas por el paciente etc.

Límites.

Se trata de precisar si el deber de informar tiene carácter absoluto o cede, en determinadas circunstancias, cuando entran en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la vida.

- ◆ **Supuestos de Urgencia:** Es claro que cuando de la demora en la actuación se puede deparar un perjuicio para el paciente no puede exigirse al profesional que se pare a informar a aquel. La clave será, entonces, precisar cuando concurre la situación de urgencia (caracterizada por la concurrencia de un riesgo inminente y grave) que no debe de confundirse con la de gravedad solamente. En este sentido obra correctamente quien no recaba consentimiento, por la premura natural de la situación, ante un desprendimiento prematuro de placenta con la posibilidad de muerte fetal o en el caso de una histerectomía ante un sangrado puerperal tardío intenso e incontrolable bajo otra forma. La actuación se ha de sujetar al principio de proporcionalidad.

- ◆ **Tratamientos Obligatorios:** En estos casos la salud colectiva se considera un bien de mayor valor que la individual y ello origina la exención de la obligación de informar.
- ◆ **Riesgo para la salud pública,** en cuyo caso es posible actuar sin el consentimiento del paciente, debiendo de comunicar a la autoridad judicial, en el plazo de 24 horas, el hecho del internamiento si ha tenido lugar (artículo 9 de la Ley 14/2002)
- ◆ **Renuncia al tratamiento :** El derecho a renunciar surge como reverso lógico de la facultad de aceptar un tratamiento. Se reconoce el derecho a negarse a ser informado en la repetida Ley 14/2002, con la observación (importante) de que tal renuncia ha de constar por escrito.

Omisión de información y de consentimiento

Si es obligado informar y no se hizo pudo incurrirse en responsabilidad, pero si no se informó, se produjo un daño y puede probarse una relación causal entre la falta de información y el daño la responsabilidad es segura. Limitándonos, pues, al primer caso (más dudoso) queremos dejar constancia de que los tribunales no son unánimes en considerar si la mera ausencia de información genera responsabilidad. En la brevedad obligada por este trabajo hemos de decir que, a nuestro juicio, entendemos que la información adecuada forma parte de la Lex Artis y que, por ello, su ausencia genera responsabilidad, cuando menos deontológico.

Conclusiones

- El derecho a ser informado (y la obligación de hacerlo) son consecuencia del reconocimiento de la autonomía del individuo.
- La actuación clínica no puede ser, como regla general, nunca impuesta, aún cuando sea asistencialmente adecuada.
- La información tiene como destinatario, básico, a un paciente capaz y consciente que posee un derecho personalísimo a decidir.
- La mayoría de edad civil no coincide, completamente, con la edad requerida para consentir.
- La información ha de ser anterior a la acción clínica y continuada durante la misma.
- La información en principio ha de ser oral y escrita en los supuestos legalmente indicados.
- En la medicina tradicional la información ha de versar sobre los riesgos ordinarios.
- La información facilitada no exonera, por sí misma, de responsabilidad al medio sanitario
- El contenido de la información está legalmente regulado, estando excluidas las cláusulas abusivas o las alternativas en blanco.
- El derecho a ser informado no es absoluto y cede en ciertas ocasiones, cuando hay un bien jurídico más valioso en juego, como la urgencia vital
- El no informar, cuando es obligado hacerlo, genera responsabilidad, al menos deontológico.

Febrero de 2003

Contacto con los autores

Asunción López Saez y López de Teruel
C.Periodista José Fernández Martínez . Edificio Jaira
Bloque 5 4B - GRANADA 18015

E. Mail: asunlopez125@hotmail.com

Juan Siso Martín
C. Alcalá 21, 8ª Planta . 28014 MADRID

E. Mail: juan.siso@madrid.o
y jviso@grupobbva.net
