

Derechos de los médicos, ¿grandes desconocidos?



EL MEDICO INTERACTIVO. Febrero de 2013 - Ana Montero

Numerosas leyes reconocen los derechos de los pacientes, como el derecho a la información, el consentimiento informado o la intimidad de la información relativa a la salud, pero los médicos también están asistidos por una serie de derechos a lo largo del proceso asistencial, cuyo conocimiento permitirá el desarrollo de una actividad más justa, más segura y de mayor calidad, redundando en un evidente beneficio tanto para el paciente como para el profesional

Javier Moreno Alemán y Eduardo Asensi Pallarés, presidente ejecutivo y socio director, respectivamente, de Asjusa Letramed, referente en España en derecho sanitario y farmacéutico, explican cómo el hecho de que el derecho sanitario se haya centrado más en el análisis de cuáles son los derechos de los pacientes y, en consecuencia, las obligaciones de los médicos, ha favorecido que se analicen las posturas de unos y otros como si estuvieran enfrentadas, cuando en realidad no debe ser así. Y es que el enfoque y el análisis ha de ser integrador de ambas posturas, tal y como ha aseverado Javier Moreno, "en no pocas ocasiones, los derechos de los médicos se han entendido como una herramienta de defensa, o incluso de ataque, contra los pacientes, y todo lo contrario, entendemos que es esencial que el médico conozca sus derechos para que desde dicha información, pueda llevar a cabo un ejercicio de la profesión más tranquilo y seguro y que ello redunde en beneficio del paciente y de la seguridad de éste".

La bioética y la abundante normativa reguladora de la actividad asistencial se ha centrado, en no pocas ocasiones, en los derechos de los pacientes (información, consentimiento informado, confidencialidad, etc.), pero los médicos también están asistidos por una serie de derechos a lo largo del proceso asistencial. El derecho a la objeción de conciencia; los derechos del médico en las relaciones interprofesionales; los derechos que integran la *lex artis*, entre los que destacan los relacionados con el secreto médico y la confidencialidad de los datos clínicos, son algunos de los aspectos que más preocupan a los profesionales sanitarios.

En este contexto, dentro de los derechos personales del médico, hay que referir el derecho al libre ejercicio de la profesión, los derechos que asisten a los diversos profesionales que integran los equipos asistenciales, tanto en sentido horizontal (relación entre médicos especialistas con idéntico nivel de cualificación), como en sentido vertical (relaciones

jerárquicas entre profesionales sanitarios, relaciones con los MIR, etc.), que pueden generar conflictos que el legislador invita a resolver por la vía del pacto interprofesional; el derecho a la salvaguarda del honor y el prestigio profesional, donde el médico cuenta con mecanismos legales para prevenir, minimizar o detener el posible daño; el derecho a la objeción de conciencia; el derecho a la protección de la salud; y el derecho a la protección frente a amenazas, injurias y agresiones.

En este último caso, es importante señalar que la presión asistencial ha generado el aumento de fenómenos de agresión al personal sanitario; en este marco, surge el derecho del médico a la protección frente a amenazas, injurias y agresiones y la progresiva labor en el fomento de la protección jurídica del personal sanitario por parte de diferentes instancias autonómicas, colegiadas y judiciales. Al hilo, uno de los cambios recientes más significativos en el enjuiciamiento de los episodios violentos contra el personal sanitario adscrito al sistema público de salud ha sido el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de la condición de "autoridad pública a todos los profesionales sanitarios en el ejercicio de sus funciones". Sin embargo, en relación con los profesionales sanitarios que prestan servicios en la privada, no existe una valoración equivalente en este sentido, por lo que resulta una asignatura pendiente la protección de este colectivo frente a las agresiones o amenazas.

"En la Sanidad pública es donde se producen la mayoría de este tipo de conductas violentas, con un 89 por ciento de los casos, mientras que en el sector privado se ha producido el 11 por ciento restante, porcentaje que ha aumentado respecto a 2010, año en el que se registraron el 9 por ciento de los casos en el sector privado frente al 91 por ciento que se produjeron en el sector público", ha recordado Moreno Alemán, quien también ha explicado que el bien jurídico protegido en el delito de atentado es el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, por tanto, no es el profesional concreto e individualizado quien se ve protegido por la consideración de autoridad pública sino la función que representa. En este sentido, la jurisprudencia ha empleado un criterio muy amplio y, en general, ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Sin embargo, en el ámbito privado, es compleja la consideración de autoridad pública porque no se actúa por cuenta del interés general sino de las directrices de un determinado marco empresarial. En definitiva, "es difícil que al médico que ejerce en la Medicina privada se le considere autoridad pública, pero es importante avanzar en garantizar el respeto del profesional médico sea cual sea el ámbito de su actuación profesional, pues todos actúan en interés de la salud, y proteger la relación de confianza médico-paciente", concluía Moreno Alemán.

Del mismo modo, aunque sólo podrán ser consideradas delito de atentado las agresiones o acometimientos más graves, los tribunales vienen reconociendo medidas de protección adicionales a los profesionales agredidos, tales como la prohibición de comunicación del paciente agresor con el profesional agredido, sin merma, por supuesto, del derecho a la asistencia del agresor.

Por ello, es de capital importancia que la adopción de medidas dirigidas, por un lado, a formar a los profesionales en la defensa de sus derechos y, por otro, a concienciar y educar a los pacientes sobre los usos, límites y finalidades de los distintos recursos sanitarios.

"Aunque en pocos años ha habido avances importantes en la protección jurídica de los profesionales sanitarios ante agresiones, no podemos darnos por satisfechos, pues el problema no está, ni mucho menos, resuelto. De hecho, en 2011, las agresiones al colectivo médico se incrementaron en un 9,2 por ciento respecto de 2010, según datos del

Observatorio de Agresiones de la OMC, que recoge los hechos de violencia notificados que los médicos sufren en el ejercicio de su profesión en toda España, recopilados a través de los 52 colegios oficiales de médicos que representan a un colectivo de 225.000 profesionales", ha recordado el experto, quien también ha añadido que existen programas de atención, fundamentalmente jurídica, a profesionales sanitarios víctimas de agresiones en muchos servicios autonómicos de salud, del que es un buen ejemplo el Plan Perseo para los profesionales sanitarios del SESCAM.

"Se trata, además, de implantar medidas preventivas, acciones concretas que eviten las situaciones conflictivas que pueden degenerar en situaciones de violencia. Es muy importante que desde las instituciones se fomente el respeto al profesional", ha manifestado el presidente de Asjusa, pero este tema es también responsabilidad de las asociaciones de pacientes: "Es preciso que los usuarios conozcan sus derechos pero también sus deberes, así, el paciente debe aceptar la decisión médica con respeto, puesto que la indicación que hace el profesional siempre debe asumirse que busca el mayor beneficio del paciente", señalaba Moreno Alemán, del mismo modo que argumentaba que los profesionales pueden prevenir estas situaciones conflictivas introduciendo mejoras en la información asistencial, "ésta debe ser clara, comprensible cercana y basarse en la mutua confianza".

Derecho a la objeción de conciencia

Otro de los derechos de los médicos es el derecho a la objeción de conciencia, una figura jurídicamente muy compleja y que, según los expertos, su solución traspasa las propias fronteras de la Medicina. En este sentido, el Código de Deontología Médica (CDM) de 2011 recoge una definición de objeción de conciencia que se expresa como la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución administrativa, de tal forma que realizarla violenta seriamente su conciencia. De este modo, para que pueda hablarse de objeción de conciencia debe concurrir un previo deber legal, si bien es cierto que existen algunos casos muy comunes en los que se emplea el término objeción de conciencia de manera errónea, como sería la negativa de un paciente a tratarse médicamente.

"La objeción de conciencia, en sí, es un tema polémico, ya que, en su ejercicio surge un conflicto de intereses. Por una parte, el profesional sanitario debe cumplir lo mandado en el ordenamiento jurídico sobre su actividad y, por otro, entiende que su cumplimiento es incompatible con el respeto a un determinado valor ético o moral percibido por su propia conciencia", ha manifestado Eduardo Asensi.

Nuestra Constitución solamente regula la objeción de conciencia al servicio militar (artículo 30), el problema entonces es determinar en qué casos se admite y en cuáles no: una posibilidad es que sea el Parlamento el que, a través de una ley, determine en qué supuestos pudiera admitirse la objeción de conciencia (así lo ha establecido expresamente la Ley Orgánica 2/2010 en la interrupción voluntaria del embarazo-IVE), o bien que sean los tribunales los que en cada caso concreto decidan.

Otra cuestión de máximo interés es determinar si sólo es posible la objeción a título individual o si es posible la objeción a través de colectivos. Asensi explicaba que si bien es cierto que, tradicionalmente la objeción de conciencia se ha venido considerando un derecho de ejercicio personalísimo (el propio CDM en su artículo 32.2 establece que "no es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional"), el Tribunal Constitucional (TC) ha ido admitiendo otras modalidades de objeción de conciencia en base a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 de nuestra Constitución. Como dichas libertades, a criterio del TC, tienen una dimensión tanto individual como colectiva, difícilmente se puede negar la objeción de conciencia a personas jurídicas (colegios profesionales, sindicatos profesionales, etc.), pues dichas libertades se ejercen tanto en el

plano individual como en el plano colectivo. "Ahora bien, no hay que dejar de reconocer que la objeción de conciencia en su dimensión colectiva resulta muy compleja desde el punto de vista práctico y no puede amparar ejercicios abusivos de tal derecho", ha concluido el experto.

Respecto a quiénes pueden objetar, la Ley Orgánica 2/2010 recoge una regulación específica de la objeción de conciencia en IVE, según la cual, solamente podrán objetar los profesionales directamente involucrados en la práctica de dicha interrupción. De este modo, sólo se le reconocería al personal sanitario y, en concreto, al que la norma discutida obliga a hacer algo contrario a su conciencia. Afectaría, por ejemplo, al personal facultativo o no facultativo en el tema del aborto, pero no al personal administrativo. Por lo que al personal de Enfermería se refiere, una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia de 1998 declaró que la participación de las matronas en actos tales como la administración de anestesia y oxitocina o el control de constantes vitales durante la práctica del aborto suponen contribución necesaria y, por tanto, cabe admitir la objeción de conciencia.

Así pues, la objeción de conciencia representa, en sí misma, un conflicto, cuya solución pasa por una decisión ponderada que garantice tanto la libertad ideológica del objetor como los derechos del usuario. Se trataría, en el ámbito sanitario, de fijar límites para evitar un ejercicio abusivo del derecho por parte de los profesionales sanitarios que pueda afectar negativamente a los derechos de los pacientes.

De este modo, en IVE, la Ley Orgánica 2/2010 dispone que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede hacerse con menoscabo de los derechos de acceso y a la calidad asistencial de la prestación de los que es titular la mujer embarazada, así pues, la objeción de conciencia no alcanza al deber de informar a la paciente, aunque en alguna comunidad autónoma se ha permitido que los médicos de Atención Primaria objeten en relación al deber de informar a la mujer acerca de la práctica del aborto y de cómo ha de actuar para acceder a dicha prestación.

Otro límite a la objeción de conciencia vendría referido al deber del médico de actuar respecto de las complicaciones derivadas de la práctica del aborto. "Una vez se ha practicado el aborto, no cabe extender la objeción de conciencia más allá, de modo que las incidencias producidas por el aborto no quedarían amparadas por la objeción de conciencia", ha matizado Asensi. Así se ha reconocido por nuestros tribunales, por la propia Ley Orgánica 2/2010 -"en todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo"- y por el CDM, en su art. 34.3, "aunque se abstenga de practicar el acto objetado, el médico objetor está obligado, en caso de urgencia, a atender a esa persona, aunque dicha atención estuviera relacionada con la acción objetada".

Por lo que se refiere a la objeción en AP, en la prescripción de la píldora postcoital, no existe ninguna norma que recoja una previsión específica al respecto, aunque sí existe alguna decisión judicial que sí parece ampararlo. En este sentido, el art. 28 del Código de Ética y Deontología de la Profesión Farmacéutica dice que "la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente"; en todo caso, tal objeción no podría ir en detrimento del derecho de la mujer a recibir dicha prestación, de modo que, en tales casos, recaería sobre la Administración un deber de garantizar la misma, sin perjuicio del debido respeto a la objeción.

Otro derecho esencial de los médicos es el derecho a la salud laboral del médico, donde cobra especial importancia la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. En este ámbito, en general, los riesgos laborales que más preocupan a los profesionales, como ha evidenciado Asensi, son aquellos relacionados con las agresiones, la fatiga mental y el estrés, lo que se traduce en mayor riesgo laboral, menor rendimiento y

elevado absentismo laboral. De hecho, muchos médicos de AP refieren haber sufrido problemas psíquicos asociados a la actividad laboral, en mucha mayor medida que los accidentes biológicos o las enfermedades cardiovasculares. En este sentido, "las instituciones deben adoptar planes de prevención de riesgos laborales, que incluyan vigilancia de la salud y formación e información a los profesionales en materia de salud laboral", en palabras del experto, quien, del mismo modo, ha identificado que los factores de riesgo están relacionados con el lugar de trabajo y el ambiente laboral, o con factores de la propia organización o con la interacción con materiales químicos o biológicos.

En la esfera de la organización del trabajo, el ritmo de trabajo y la falta de posibilidades de promoción, son otros factores capaces de alterar el bienestar del médico trabajador, ha apuntado Asensi. Asimismo, el riesgo de contraer infecciones es otro factor de salud laboral, precisamente frente al que mayores medidas preventivas se adoptan. El desconocimiento de los riesgos derivados de la actividad laboral y de las medidas preventivas pre y post-exposición constituyen en sí mismos un factor de riesgo laboral, en la medida en que difícilmente se van a adoptar, ante un riesgo cuya existencia se desconoce, medidas preventivas. De esta forma, el médico debe estar informado de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto, como a cada tipo de puesto de trabajo o función, de las concretas medidas y actividades de protección y prevención aplicables. Además tiene derecho a participar en las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo. Igualmente, el médico tiene derecho a recibir formación teórica y práctica adecuada en materia preventiva.

Derechos del médico entre sí y en relación con otros profesionales

El CDM dedica un capítulo a regular las relaciones de los médicos entre sí y con otros profesionales sanitarios, fijando un breve catálogo de derechos-deberes de las relaciones personales y profesionales de los médicos. Así, se regula el derecho-deber de confraternidad y al mismo se le otorga la máxima importancia, pues sobre él sólo se establece la preferencia de los derechos del paciente. Este derecho-deber se concreta en que los médicos deben tratarse entre sí con la debida deferencia, respeto, lealtad, sea cual fue la relación jerárquica que exista entre ellos; tienen la obligación de defender al colega que es objeto de ataques o denuncias injustas; se abstendrán de criticar despectivamente las actuaciones de sus colegas; las discrepancias entre los médicos no han de propiciar su desprestigio público; se evitará el daño o el escándalo, no estando nunca justificadas las injurias a un colega; compartirán sus conocimientos científicos en beneficio de los pacientes... En definitiva, los médicos que comparten la responsabilidad asistencial de un paciente deben proporcionarse la información necesaria de forma clara y comprensible, evitando las siglas y terminología no habitual.

Además, el CDM establece un derecho-deber de no interferencia en la atención que un médico esté dispensando a un paciente, no considerándose interferencia la atención de urgencia o la libre consulta por parte del paciente a otro médico, aunque advertirá al paciente del perjuicio de una asistencia médica múltiple no consensuada. Por lo que se refiere a los derechos en relación con la segunda opinión, cuando el médico considere necesario una segunda opinión, puede proponer al colega que considere más adecuado como consultor o aceptará al que elija el paciente. Si sus opiniones difieren sustancialmente y el paciente o su familia decidieran seguir el dictamen del consultor, el médico que venía tratando al paciente queda liberado de continuar su asistencia. Estos derechos del médico deben entenderse sin perjuicio de la regulación que cada servicio de salud haya establecido para dar cauce al derecho del paciente a una segunda opinión dentro del Sistema Nacional de Salud.

Además, el CDM configura el derecho a no ser discriminado por parte de los médicos que ostentan cargos directivos.

Por otro lado, la responsabilidad deontológica no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipos asistenciales y esta forma de trabajo no debe dar lugar a excesos de actuaciones médicas. En opinión de Javier Moreno Alemán, el concepto de equipo que manejan nuestros tribunales es más amplio del que se establece por la propia norma, así los tribunales vienen entendiendo por equipo médico el formado por todos aquellos profesionales, médicos (de distintas especialidades), personal sanitario auxiliar y médicos en formación que, de forma simultánea o sucesiva, atienden al paciente en un determinado proceso asistencial.

Así, el ejercicio de la Medicina en equipo, tal y como entiende Moreno Alemán, genera un complejo entramado de derechos-deberes entre los que integran el equipo médico y, además, tiene consecuencias importantes sobre la responsabilidad profesional, ya que es necesario modular la responsabilidad de cada uno de los miembros -facultativos y auxiliares- que integran el equipo y cuando no se puedan individualizar las responsabilidades de los miembros del equipo médico, responderán todos de manera solidaria. La modulación de estas cuestiones se ha efectuado sobre la base de dos principios ya consolidados en nuestro Derecho, como son el principio de confianza y el principio de división del trabajo o de la propia responsabilidad. Estos dos principios, cuyo origen está en la doctrina de los tribunales, han encontrado plasmación legal en Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias (LOPS), según el cual, cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso, al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de la accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas.

En este aspecto, al jefe del equipo médico le corresponden, además de las funciones propias de su especialidad, las tareas de instrucción, coordinación, control y vigilancia de las actuaciones de los subordinados. Sin embargo, a criterio de Javier Moreno, "no puede recaer en el jefe del equipo toda la responsabilidad por cada uno de los actos de sus colaboradores, porque estos gozan de una amplia autonomía dentro de sus funciones específicas".

Por lo que se refiere al personal de Enfermería, debidamente delimitadas sus funciones, éste será plenamente responsable de las irregularidades que se produzcan en el ámbito de sus competencias propias, pues el ejercicio de las profesiones sanitarias se establece con plena autonomía técnica y científica.

Derechos en relación con la información y el consentimiento

Desde la entrada en vigor de la Ley 41/2002, hace diez años, se ha transformado la relación médico-paciente en materia de información y consentimiento. El principal cambio de la Ley 41/2002 es que los deberes información y documentación integran la *lex artis* de los profesionales, en el mismo plano que la correcta prestación de sus técnicas. En análogo sentido se pronuncia el CDM de 2011.

La información y el consentimiento informado han calado en la práctica asistencial, generalizándose, y profesionales y pacientes son conscientes de su importancia. De hecho, según afirma Javier Moreno Alemán, "buena parte de las reclamaciones que se interponen por la asistencia, traen causa o están relacionadas con defectos en la información y en el consentimiento informado". Ahora bien, en opinión del experto, hay que evitar los excesos de formalismo en relación con el documento de consentimiento informado y prestar más atención a la realidad de la información.

El médico debe respetar la voluntad del paciente de no ser informado y/o de no informar a familiares o relaciones de hecho; asimismo, por privilegio terapéutico, el médico puede actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas, el conocimiento de su situación pueda perjudicar gravemente la salud del paciente, lo que comunicará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho y lo anotará en la historia clínica. Finalmente, el médico tiene derecho a comunicar datos sobre la salud de un paciente sin su autorización, cuando estos afecten a la Salud Pública y a la colectividad.

El paciente, una vez recibida la información de forma adecuada, en ejercicio de su autonomía, será quien decida sobre las propuestas de diagnóstico y tratamiento y, caso de rechazarlas, el médico puede desistir de la asistencia, una vez que haya informado al paciente de las consecuencias de abandonar la asistencia.

Una de las novedades más importantes en materia de información es la necesidad de informar al paciente incapaz, en función de su grado de entendimiento, siendo responsabilidad del médico valorar el grado de competencia. Uno de los errores más frecuentes, tal y como señala Moreno Alemán, es pensar que la valoración de la capacidad del paciente le corresponde, en todo caso, al psiquiatra, cuando lo cierto es que debe ser el médico que presta la asistencia quien debe emitir ese juicio de capacidad.

Respecto a lo derechos en relación con la documentación clínica, el médico tiene derecho de confección, acceso, custodia y conservación de la misma, y debe disponer de los medios para ello. Por lo que se refiere a la titularidad de la historia clínica, "a lo largo de los años se ha producido un debate en torno a la propiedad intelectual de la historia clínica; de hecho, históricamente se consideraba únicamente como un instrumento de trabajo del médico, del que era su legítimo propietario, por tanto, era sólo él el que accedía y disponía de la misma". La Ley General de Sanidad y, especialmente, la Ley 41/2002 zanjaron el debate de la titularidad de la historia clínica, pese a no hablar en términos de propiedad sino de acceso, en el artículo 18.1 se establece que el paciente tiene el derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que en ella se contienen. "Ya no importa de quién es la historia clínica, sino quienes tienen acceso a ella", ha concluido el experto.

Ahora bien, destaca Javier Moreno, "el acceso tanto para profesionales como para pacientes, está sujeto a límites". En efecto, sólo podrán acceder a la historia clínica aquellos profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente, sin perjuicio del acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos o de Salud Pública, y el personal de administración y gestión sólo podrá acceder a aquellos datos que sean necesarios para el desarrollo de sus funciones. Incluso el paciente puede negar la posibilidad de transmisión de sus datos a otros profesionales, tanto del mismo nivel asistencial como de otros niveles, en cuyo caso el médico debe respetar la decisión del paciente, si bien debe informarle de las consecuencias asistenciales que puede conllevar su decisión y dejar constancia en la historia clínica de la voluntad expresa del paciente.

En relación con el acceso de los profesionales sanitarios, destaca el experto, si bien las nuevas tecnologías facilitan el acceso de éstos a las historias clínicas, deben evitarse los accesos indebidos, que quedan registrados en los sistemas informáticos y pueden ser fuente de conflictos.

Por otra parte, el paciente tiene limitado su acceso a las anotaciones subjetivas del médico. Estas anotaciones no están exentas de problemas, por un lado, el propio concepto de anotaciones subjetivas, pues a veces se pretende calificar como subjetivas anotaciones que, en realidad, son impropias de una historia clínica y, por otro, las dificultades que supone la entrega al paciente de la historia clínica sin dichas anotaciones.

Según Javier Moreno, "en muy pocos años se ha observado una mejoría considerable en la calidad de las historias clínicas y posiblemente tenga que ver con la cuestión del acceso, así como con la judicialización de la asistencia; así se corre el riesgo de que los profesionales cumplimenten la historia clínica pensando que la misma puede acabar siendo un medio de prueba en un proceso judicial. Esto es, a nuestro entender, erróneo pues la historia clínica es ante todo y sobre todo un instrumento de trabajo del médico que refleja las actuaciones de los profesionales en relación con un paciente y que facilita la continuidad asistencial, aspecto éste esencial en una Medicina que se ejerce de forma generalizada en equipo; estos y no otros deben ser los criterios que se empleen en cumplimentar las historias, evitando anotaciones defensivas".

Por lo que respecta a los certificados médicos, el médico tiene derecho a negarse a emitir certificados tendenciosos, no veraces o cuando su contenido exceda de su competencia; tiene derecho a negarse a entregar el certificado a persona distinta del peticionario; y le ampara el derecho a negarse a emitir y entregar certificados médicos a las compañías aseguradoras sin consentimiento explícito del paciente. Igualmente, el médico tiene derecho a no emitir el certificado de defunción para los familiares o personas vinculadas cuando conozca o tenga indicios de muerte violenta.

Guías clínicas y protocolos

Los tribunales, acertadamente, en opinión de Javier Moreno Alemán, reconocen que existe un margen de discrecionalidad dentro de la actuación en el ámbito asistencial, ya que "los protocolos no tienen efectos jurídicos vinculantes", por lo que si bien es recomendable su uso, se presume que la actuación que es conforme a protocolos se ajusta a la *lex artis*, siempre adaptándose a las circunstancias del paciente y a los medios asistenciales de los que se disponga, ello no impide que el profesional dentro de su derecho a la libertad en el ejercicio profesional actúe conforme a su criterio que, en muchas ocasiones, puede no estar justificado en una guía clínica.

El uso generalizado de los protocolos puede favorecer prácticas de Medicina defensiva, "es una consecuencia que debe contemplarse, la aplicación generalizada de protocolos puede determinar la realización de pruebas y la prescripción de tratamientos que, tal vez de manera individualizada, y bajo el prisma de la experiencia profesional el médico no pautaría", ha expuesto Moreno Alemán. Es muy importante, tener presente que hay que adaptar el protocolo a las circunstancias concretas del paciente y a los medios disponibles en un determinado contexto. En este sentido, podría decirse que el peor protocolo es el que las condiciones concretas del centro o de los profesionales no permiten su aplicación, pues establece un estándar de conducta inalcanzable, según ha concluido el experto.

Derecho al secreto médico y confidencialidad de los datos

Secreto médico y confidencialidad son, al mismo tiempo, derechos y deberes, tanto desde el punto de vista ético, como desde el punto de vista legal. En este sentido, si bien es cierto que en el día a día de los centros sanitarios que albergan datos de salud, el tratamiento de los mismos obedece a fines legítimos, no es menos cierto que tales fines no pueden justificar un trato discrecional y arbitrario de dicha información, sin contemplar la obligación del deber de secreto que pesa sobre los propios profesionales y los centros, como responsables de dicha información. Además, estas obligaciones de secreto y confidencialidad también exigen que se adopten por los responsables medidas de seguridad, so pena de que una pérdida o revelación a terceros no autorizados de este tipo de información puede, al margen de constituir distintas infracciones legales, conllevar importantes perjuicios para los afectados.

Respecto a las implicaciones legales de la revelación de secretos médicos, Eduardo Asensi señalaba que "desde el juramento hipocrático hasta nuestros días, el secreto

médico es uno de los pilares en los que se fundamenta la relación médico-paciente, inherente al ejercicio de la profesión y basado en la mutua confianza, revelar un secreto médico puede tener implicaciones muy graves, y responsabilidad de muy diversa índole". Comenzando por lo más grave, el Código Penal castiga la infracción del deber de secreto con pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. Asimismo, y de manera incluso concurrente, supone una infracción de tipo disciplinario muy grave, punible tanto desde el punto de vista deontológico por el colegio profesional o, tras un procedimiento sancionador, por la Administración. Además, frente a la revelación de secreto médico cabe interponer demanda civil y exigir indemnización de daños y perjuicios en función del daño que haya supuesto la violación del derecho fundamental al honor del paciente.

Respecto a la excepción a la obligación de mantener el secreto profesional, según Asensi, "no se trata de un derecho absoluto, de hecho existen circunstancias en las que el médico está habilitado para revelar a un tercero información personal de un paciente sin su consentimiento previo. Entre otros, cabe hacerlo en supuestos de enfermedades de declaración obligatoria; en certificaciones de nacimiento y defunción, cuando con el silencio del médico se diera lugar a un perjuicio del paciente o de otras personas o a un peligro colectivo; cuando el médico se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente; en casos de malos tratos o de conocimiento de un supuesto hecho delictivo; cuando sea llamado por el colegio profesional para testificar en materia disciplinaria; y en todos aquellos supuestos por imperativo legal".

De este modo, el respeto a la intimidad y a la confidencialidad con el paciente no están reñidos con el derecho y deber del médico de comunicar determinados diagnósticos y es aquí donde está la clave de la polémica. "La discusión viene determinada por el conflicto de intereses que puede surgir por un lado, entre el respeto de la intimidad del paciente y por tanto a la confidencialidad de sus datos y, de otro lado, del derecho de un tercero a la protección de su salud. En definitiva, la discusión no se produce entre el derecho del paciente y el deber de comunicación del médico, sino entre derechos fundamentales ante los que el médico debe responder", ha señalado Asensi, quien ha recordado que no hay que olvidar que el médico está obligado a comunicar a las instituciones correspondientes aquellos diagnósticos de declaración obligatoria, eximiéndole de la obligación de confidencialidad, que en otro caso supondría una vulneración manifiesta de sus obligaciones, con la consecuencias correspondientes de responsabilidad profesional y le permite el levantamiento de secreto sin ser penalizado por ello, por el bien de la sociedad en general. En los supuestos en los que no existe una obligación legal de comunicación de diagnóstico, el médico debe decidir, siempre que sea posible, de acuerdo con el paciente, valorando las consecuencias de su silencio para el paciente y para terceros.

Y es que en ciertas situaciones el deber de secreto (reflejo del principio de autonomía) entra en conflicto con el valor "vida", como cuando se pretende evitar un daño a terceros. En este sentido, la protección de la vida de otros debe prevalecer sobre la defensa de la autonomía de un paciente individual y concreto. En casos de interés público existen ciertas previsiones legales de declaración obligatoria de enfermedades y, en otras ocasiones, especialmente en el ámbito de las enfermedades infecciosas, pudieran haber restricciones al derecho a la confidencialidad como medida especial de Salud Pública, fundamentalmente en casos en que, preservando el secreto, se exponga al contagio de terceros por parte del paciente. Con frecuencia, las comunicaciones tienen efectos meramente epidemiológicos y no precisan de la identificación del sujeto. Cuando sí se requiere su identificación, debe considerarse que la transmisión de la información se realiza a otra instancia sanitaria, también obligada a preservar la confidencialidad con las debidas medidas de seguridad. De ahí que estos casos se denominen de "secreto compartido".

En este sentido, los tribunales en sus pronunciamientos han sido bastante rígidos en el enjuiciamiento de los casos en los que o bien se ha producido una vulneración del deber de secreto médico o confidencialidad, como en los casos en los que por parte de los profesionales médicos, o las instituciones, se ha hecho un uso y/o tratamiento de la información sanitaria del todo incorrecto o ilegal.

En relación con los conflictos que presenta el ejercicio del secreto profesional, como casi siempre que estamos en presencia de derechos fundamentales, el conflicto se produce en relación a la pugna con otro derecho o libertad, la protección de la vida de una o varias personas y el respeto a la intimidad del paciente.

Derecho a la notificación de enfermedades de declaración obligatoria

En este tema, "una interpretación estrictamente contractual de la relación médico-paciente, obligaría a un secreto absoluto. Sin embargo este compromiso con el enfermo no puede implicar una promesa de confidencialidad que incluya la posibilidad de permitir un daño a terceras personas. El médico tiene también un compromiso con la sociedad de protección de la salud con carácter general y esto le autoriza en aquellos casos regulados por Ley a revelar datos específicos de su paciente lo que debe poner en conocimiento del mismo", ha aseverado Moreno Alemán.

La Ley 41/2002, en su artículo 23, establece: "los profesionales sanitarios, además de las obligaciones señaladas en materia de información clínica, tienen el deber de cumplimentar los protocolos, registros, informes, estadísticas y demás documentación asistencial o administrativa, que guarden relación con los procesos clínicos en los que intervienen y los que requieran los centros o servicios de salud competentes y las autoridades sanitarias, comprendidos los relacionados con la investigación médica y la información epidemiológica". Y el CDM, en su art. 30, afirma que aunque el secreto profesional debe ser la regla, "el médico podrá revelar el secreto exclusivamente ante quien tenga que hacerlo en sus justos límites, con el asesoramiento del colegio si lo precisara, por ejemplo, en el caso de enfermedades de declaración obligatoria".

Derecho a la obtención veraz y completa de los datos del paciente

El origen de la relación clínica se encuentra en la búsqueda de ayuda por parte del paciente, correspondida con un compromiso del médico, que se responsabiliza del proceso asistencial. Sólo desde esta relación de mutua confianza se entiende y se sustenta el verdadero nexo que une a ambos agentes. Aquí entran en juego el aspecto concreto de esta relación de confianza, como es el derecho del médico de obtener verazmente datos del paciente, y se establece el principio básico de confidencialidad, no sólo del médico, sino de cualquier otro profesional que tenga acceso a la información y documentación clínica. La obtención de la mejor información sobre los hechos clínicos permitirá una interpretación más completa y sensata de los mismos, posibilitando un plan de diagnóstico razonable junto con la oferta de opciones terapéuticas e información pronóstica ajustadas a la voluntad del paciente.

Ahora bien, ante una reclamación del paciente por un error en el diagnóstico fundamentado en una información que resultara errónea o el paciente hubiera omitido, el médico lógicamente queda eximido de responsabilidad en el caso de que conste que el dato en el que se ha fundamentado el diagnóstico o no era veraz o ha sido omitido un dato esencial que hubiera permitido el diagnóstico. De hecho, como ha recordado Asensi, "existen ámbitos en los que la falta de veracidad sobre los datos de salud referidos o la omisión de estos conocidos pueden tener implicaciones no sólo asistenciales sino incluso puede suponer un incumplimiento de las condiciones del contrato que anularían el derecho de una cobertura sanitaria; nos referimos por ejemplo al caso de los cuestionarios de salud cumplimentados cuando se suscribe un seguro de salud. Nuestros tribunales eximen de

responsabilidad al médico en los casos en los que el error diagnóstico se debe a la ocultación de datos por parte del paciente".

En todo caso, la información que se solicite al paciente debe respetar el principio de racionalidad o pertinencia; el principio de finalidad; el principio de lealtad; y el principio de seguridad de los datos.

Libertad de prescripción de pruebas diagnósticas

En la actualidad, la prescripción de pruebas está claramente influida por dos circunstancias de origen anglosajón: la Medicina defensiva, como respuesta mal entendida a la relación de simetría entre el médico y el paciente, y el uso de Internet y de los nuevos medios de información que hace que un número creciente de pacientes acudan a la consulta con un plan diagnóstico y terapéutico de diseño propio, obtenido en múltiples páginas web.

En el primer caso, la relación viciada tiene dos vertientes, por un lado, la solicitud de un número innecesario de exploraciones, que permitan descartar todas las posibilidades diagnósticas, por ignotas que fueran inicialmente, o bien, el ofrecimiento de una "Medicina a la carta", en la que el profesional se limita a enumerar las opciones diagnósticas, abandonando al paciente ante una decisión para la que no tiene el conocimiento suficiente. La maximización no racional de recursos en pro del beneficio del paciente individual es injusta a todos los niveles: con el propio paciente, porque muchas de las pruebas realizadas resultarán fútiles; con el médico, que se daña con la mala praxis; y con la sociedad. Así aparece también en el CDM: "Las exploraciones complementarias no deben practicarse de manera rutinaria, indiscriminada o abusiva. La Medicina defensiva es contraria a la ética médica".

Así pues, la decisión sobre qué prueba diagnóstica realizar debe partir estrictamente de la indicación clínica, según la *lex artis ad hoc*. El profesional tiene la obligación de basar su decisión desde la perspectiva del conocimiento científico. En consecuencia, es necesario que los profesionales de la salud mantengan una alta exigencia en actualización de conocimientos. Además, se deberán tomar en consideración los recursos del medio asistencial, así como las opiniones de pacientes y/o familiares. En cualquier caso, ahorrar costes no debe ser nunca el objetivo último de los profesionales sanitarios, cuya responsabilidad final es salvaguardar al paciente durante la enfermedad. Así, la evidencia científica no puede ser doblegada desde los intereses de una gestión de la atención sanitaria no centrada en el paciente, ni desde la de proveedores de tecnología con objetivos simplemente comerciales. Una ayuda para una prescripción de calidad y segura son los protocolos de actuación por procesos elaborados por las sociedades científicas o por equipos de profesionales.

Asimismo, la discusión sobre la libertad de prescripción en los últimos tiempos ha hecho relación sobre todo a la libertad del médico en la prescripción de fármacos, pero realmente se trata de la posibilidad del médico para actuar en la relación con su paciente de manera libre.

La autonomía del paciente puede condicionar la libertad de prescripción del médico, si el paciente no está de acuerdo en la realización de todas o de alguna de ellas, lo que decide generalmente por los riesgos o molestias que pueden acarrearle, puede no aceptar la prescripción realizada. Se podría decir que "el médico propone y el paciente dispone". Así lo recoge el CDM, "el médico respetará el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible y precisa de las consecuencias que puedan derivarse de persistir en su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica". En este caso, si el paciente pone de manifiesto una pérdida de confianza por ello o el médico llega al convencimiento de esta pérdida de confianza en la relación, tiene derecho a solicitar que se le sustituya de la asistencia de

ese paciente, siempre que esta decisión no suponga desatención del mismo y con diversos condicionantes.

Informe de alta y derivación

El médico, al finalizar el proceso asistencial de un paciente, emite un documento cuyo contenido decide, y en él resume la historia clínica, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas, y al igual que el paciente tiene derecho a dicho informe de alta, al médico le asiste el derecho a decidir sobre el contenido del mismo, incluyendo, si lo considera, no sólo datos clínicos sino incidencias o situaciones ocurridas durante el proceso. "La Ley 41/2002 ha mejorado considerablemente los derechos de los médicos, tanto en los supuestos de alta voluntaria del paciente, como en los de alta forzosa", ha destacado Moreno Alemán.

Además, en cuanto a la derivación, el médico tiene un derecho a disponer de los recursos del sistema que no se encuentran a su alcance y que considera que el paciente precisa, realizando derivación a otros niveles asistenciales o a otros profesionales para su valoración. Finalmente el médico tiene derecho a la continuidad asistencial de sus pacientes pese a la derivación, y a obtener información para hacer posible el seguimiento.

Por último, los profesionales tienen derechos en relación con las instituciones sanitarias, con independencia de su relación profesional con las mismas, en este sentido, son especialmente relevantes aquellos derechos que guardan relación con la eficacia organizativa y la gestión; con la investigación y docencia; así como la protección de la institución frente a la responsabilidad civil que pueda derivarse del ejercicio de la actividad, ya sea en el ámbito público como privado, a través de la suscripción de la correspondiente póliza de seguro.

DERECHOS DE LOS MIR

No exento de problemática legal está también la figura del residente, de hecho, según la Asociación Española de Médicos Internos Residentes (AEMIR), en torno al 12,5 por ciento de los residentes se han visto involucrados en reclamaciones o denuncias como consecuencia del ejercicio de su actividad. Las dos cuestiones fundamentales sobre las que, tradicionalmente, ha pivotado la problemática legal de los residentes han sido: la supervisión (según AEMIR el 33,7 por ciento de los residentes sólo está supervisado durante parte de la guardia y el 10,5 por ciento no tiene ninguna supervisión) y la capacidad legal de firmar informes de alta, concretamente, según esta misma fuente, el 37,9 por ciento de las altas las rubrica el MIR a falta de un adjunto.

Entiende Javier Moreno que el nuevo marco normativo que regula la figura del residente (Real Decreto 1146/2006 y Real Decreto 183/2008, en relación con la LOPS) ha resuelto muchos de los puntos críticos que afectaban negativamente a la responsabilidad profesional de los MIR. En primer lugar, se ha aclarado que el residente tiene facultades legales para llevar a cabo tareas asistenciales, "no son simples educandos", como ha matizado, si bien dicha actividad debe ser tutelada y supervisada por el tutor y demás especialistas, quienes asumirán la responsabilidad del residente si no cumplen con los deberes de instrucción, supervisión y control. Eso sí, la supervisión de presencia física queda limitada tan sólo al primer año, siendo a partir del segundo año decreciente la supervisión, a medida que el MIR va asumiendo progresivamente responsabilidades según avanza el programa formativo. En cualquier caso, es evidente que este sistema basado en la asistencia tutelada, controlada y supervisada tiene, lógicamente, que llevar consigo cierto grado de autonomía para el médico en formación, cuyas actuaciones no pueden siempre ser controladas por el adjunto.

Por lo que se refiere a la polémica de si el residente puede o no firmar altas, con los RD 1146/2006 y 183/2008 se resuelve la misma, pues ambas normas dejan claro que los residentes la capacidad de firmar altas, si bien esta facultad queda condicionada durante el primer año de residencia a la supervisión de presencia física y al visto bueno del adjunto en los informes de alta.

A criterio de Moreno Alemán, la normativa reguladora de la actividad del residente ha aportado seguridad jurídica y con ella se habrían evitado numerosas condenas basadas en la falta de capacidad asistencial del MIR, en la exigencia de supervisión de forma permanente hasta la finalización del periodo de residencia, o en la falta de capacidad legal para firmar informes de altas.

PERCEPCIÓN SOBRE LOS DERECHOS

Según una encuesta sobre la "Evaluación de la percepción del conocimiento que tienen los médicos de sus derechos", realizada por EL MÉDICO INTERACTIVO entre mayo y junio de 2011, a 3.000 médicos de toda España, más del 50 por ciento de los consultados cree encontrarse muy indefenso en el desarrollo del ejercicio profesional: 54'5 por ciento frente a los familiares, 56'6 frente a los pacientes; y 53'6 ante la institución para la que trabaja. Casi el 70 por ciento de quienes han respondido la encuesta cree que la sensación de indefensión afecta mucho o regular a su ejercicio profesional. Ante la respuesta múltiple de quién debería defender sus derechos, los consultados consideran que la institución para la que trabajan en un 88'2 por ciento y los colegios profesionales el 90'5.

El 6,5 por ciento sabe mucho sobre sus derechos; un 48,3 por ciento regular; y un 45,1 por ciento reconoce saber poco sobre sus derechos. Asimismo, un 74,4 por ciento de los entrevistados reconoce que sabe cuáles son sus derechos ante los pacientes; un 66,3 por ciento refiere que sí conoce cuáles son ante los familiares de sus pacientes; un 73,8 por ciento sabe cuáles son ante la institución para la que trabaja; y un 63,7 por ciento sabe cuáles son sus derechos ante otros profesionales.

En dicha encuesta se recoge también que un 69,8 por ciento de los encuestados no sabe si estos derechos se plasman en alguna normativa concreta; que el 54,1 por ciento reconoce que para el ejercicio de estos derechos no sabría a quién dirigirse; que el 51 por ciento cree que la institución para la que trabaja le respalda poco en el ejercicio de estos derechos; y que el 67,4 por ciento cree que con una normativa clara y concisa acerca de sus derechos como médico mejoraría su ejercicio.

Del mismo modo, en el informe se refleja que el 46,9 por ciento de los profesionales considera que la falta de conocimiento de sus derechos en la asistencia contribuye a la práctica de una Medicina defensiva; que es la fase de tratamiento y seguimiento del paciente la que mayores dudas origina respecto al ejercicio de estos derechos, con un 51,2 por ciento, y la de información asistencial y consentimiento la que menos; y, en definitiva, que el 97,7 por ciento tiene interés en adquirir un mayor conocimiento acerca de sus derechos.