

La sedación en la endoscopia digestiva y el intrusismo: aspectos legales

J. Ortiz, J. Quintán¹ y J. R. Armengol-Miró²

Presidente de la Sala 5ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. ¹Magistrado especializado en Medicina Legal y Seguridad Social. ²Presidente de la Fundación Española de Endoscopia Digestiva

INTRODUCCIÓN

Se trata de un tema no resuelto, a pesar de haber sido objeto de debate desde hace algunos años.

Uno de los últimos y meritorios intentos de aproximación a su solución fue la sesión que bajo el título: "La sedación en Endoscopia Digestiva: ¿por quién?, ¿a quién?, ¿dónde y cómo?", se integraba en el Congreso Anual de la Sociedad Española de Patología Digestiva, Madrid 2005.

La polémica que dio lugar a la introducción de una se-

sión específica en dicho congreso se inició por un artículo publicado en el ejemplar del mes de enero/2005 de la *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, siendo sus autores los prestigiosos doctores F. López Timoneda (anestesiólogo) y J. A. Ramírez Armengol (endoscopista), bajo el título: "¿Quién debe responsabilizarse de la realización de las técnicas de sedación en la endoscopia digestiva?". En ese mismo número se publicaron también los resultados de una encuesta realizada por la Sociedad Gallega de Patología Digestiva donde se incluían datos

como el de que en el 85% de las unidades de endoscopia se llevó a cabo la sedación por los propios endoscopistas.

Estas publicaciones encendieron, otra vez, la espoleta de un tema latente y no resuelto que mezcla en un "*totum revolutum*" el problema de las especialidades médicas y su interacción, la suficiencia del título de licenciado en medicina como título habilitante para el ejercicio de esta, las responsabilidades de toda índole que pueda generar la mala praxis, el intrusismo profesional y, para aderezarlo, unas gotas de deontología según la declaración elaborada por la Comisión Central de Deontología de 3 de febrero de 1998.

Pronto aparecieron las reacciones a favor de una u otra tesis: necesidad del especialista en anestesia, o suficiencia del endoscopista y su equipo. Continuaron con cartas al director de la revista publicante, nota del director, artículo "Yo el Intruso", etc.

Ante la polémica reabierta, y dado que se hallaba próxima la celebración del Congreso Anual de la Sociedad Española de Patología Digestiva, el profesor D. José Ramón Armengol Miró introdujo con calzador a un mes de su celebración la mesa de "Sesión de Consenso Especial". El Dr. Armengol Miró, con un loable deseo conciliatorio y clarificador, invitó con especial dedicación a todas las partes enfrentadas y a especialistas en derecho (el Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, D. Joaquín J. Ortiz Blasco, el Magistrado de lo Social D. Jacobo Quintans García y el Abogado D. Ricardo de Lorenzo y Montero en su calidad de Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario).

Es aquí, en el ofrecimiento que me hizo mi buen amigo José Ramón Armengol donde voy a exponer algunas notas sobre lo que mejor conozco, la interpretación legal de las normas estatales sobre especialidades médicas y las responsabilidades en que pueden incurrir los médicos en sus actuaciones profesionales incurriendo o no en intrusismo profesional. Quizá pueda ayudar en algo a serenar los ánimos y desvanecer preocupaciones y alarmas mal fundadas (objetivo que perseguía y creo que logró el Dr. Armengol Miró al convocar la Sesión de Consenso).

PRINCIPAL LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LAS PROFESIONES SANITARIAS Y EJERCICIO RESPONSABLE DE LA MEDICINA EN GENERAL

Por la brevedad del espacio que se impone a este artículo prescindo de la legislación histórica, aún hoy vigente para centrarme en dos leyes de obligado conocimiento: La Ley 41/02 de 14 de noviembre sobre autonomía de los pacientes y los derechos de información y documentación clínica, a la que haré referencia al final al tratar del consentimiento informado, y la Ley 44/03 de 22 de noviembre de Ordenación de las profesiones sanitarias.

Esta Ley regula las condiciones del ejercicio de la profesión entendida como habilitadora para la práctica de la medicina y la cirugía, y en la que se encuentran temas de gran interés para la cuestión debatida como: titulación habilitante, titulación universitaria (título oficial) para una práctica específica, espacios competenciales compartidos y espacios reservados a determinadas especialidades.

Resumiendo la parte de su contenido que aquí nos afecta podemos concluir que:

La Ley no distribuye competencias entre profesionales. Invita a que estos, con sujeción a las bases que sienta la Ley, elaboren mediante pactos que excluyan el conflicto, sus competencias exclusivas, con el bien entendido de no cercenar, de no podar de forma abusiva e interesada (intereses de grupo o corporativos) el árbol común que es el título-profesión de médico ni el ramaje que le adorna y enriquece con las especialidades.

Esta amplísima facultad de ejercicio de la profesión, basada en los artículos 35 y 36 de la Constitución Española, no puede ser recortada por leyes de jerarquía normativa inferior, como la 44/03, aquí comentada. Por ello el art. 6.2.a) de dicha Ley faculta a los licenciados en medicina para la indicación y la realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención. Es difícil encontrar una mayor extensión a las facultades que puede desarrollar el licenciado en medicina y cirugía. Dicho artículo contrapone únicamente a las funciones de los médicos, la de los farmacéuticos, la de los dentistas y la de los veterinarios así como la de los especialistas en ciencias de la salud (psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos, etc.).

Las limitaciones genéricas al ejercicio de la profesión son muy peligrosas y no son el objetivo del legislador. Una cosa es la regulación de la profesión y otra cercenar por miedo a posibles desviaciones. Así la citada Ley establece en su art. 4.5 que los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y la salud del ciudadano a quién se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de norma-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión.

Esta Ley es amplia y clara, específica las distintas especialidades y crea nuevos grados. Establece obligaciones y controles pero no determina compartimentos estancos para cada especialidad. Si se vulnera la *Lex Artis* con perjuicio para otros (pacientes o profesionales), existen medios legales y procedimientos judiciales para subsanar el exceso con sanciones de toda índole, civil, administrativa y penal, y exigencia de responsabilidades indemnizatorias. No prohibamos ni limitemos el ejercicio de la profesión por miedo a que surja un irresponsable que haga mal uso de aquella.

Dentro del grupo genérico de licenciados en medicina se establecen las distintas especialidades actuales (MIR). El título de especialista será necesario para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados. Lo así expuesto se apunta como un derecho preferente pero no exclusivo. Sólo así se explica la coexistencia de especialistas anteriores a la regulación de los MIR, y el hecho de que en las convocatorias de plaza para especialistas realizadas por la Administración, si aquellas quedaran vacantes son cubiertas por médicos no especialistas o especialistas en rama diferente, en tanto en cuanto no se cubra por profesional dotado del título exigido por la convocatoria.

La Ley 44/03 no sólo establece la especialidad en las distintas ramas de la medicina sino que se profundiza, todavía más, en la especialización, hoy en día inevitable y no sólo en medicina, sino que se establecen, como mínimo, dos grados más: el diplomado en el área de capacitación específica, y el diplomado de acreditación avanzada.

Ahora bien, toda esa especialización graduada, muy útil y necesaria, no supone crear compartimentos estancos de exclusión en el ejercicio de la profesión médica. ¿Acaso los especialistas anteriores a la regulación de los MIR, o los actuales no especialistas que cubren vacantes de aquellos no pueden realizar las mismas funciones? Mejor todavía ¿se prohibirá a los MIR realizar funciones propias del diplomado en área de capacitación específica, y a este las del diplomado avanzado?

Como bien explicita la Ley comentada, estas especialidades, además de ser una garantía de conocimiento específico para los pacientes, será fundamental para acceder a una plaza en el sistema público de salud cuya titulación exija la convocatoria, y, en el área privada para dejar constancia ante el paciente del grado de particularización y profundidad de los conocimientos y experiencia en una determinada rama y poder adecuar a ello sus honorarios profesionales (muchas de las denuncias de ese presunto intrusismo lo son por facturar como especialistas sin serlo).

Resumiendo: existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión. Por ello en la Ley que comentamos no se ha pretendido determinar las competencias de una y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que la práctica cotidiana de los profesionales en organizaciones multidisciplinarias evolucionen de forma no conflictiva sino de cooperación y transparencia.

¿A que aboca esta Ley? Pues al uso del sentido común, a la cooperación (trabajo en equipo, del art. 9) y a la espe-

cialización gradual como necesidad y a la diplomatura como mérito "inter pares". La pelota está en el tejado de la profesión médica y sus instituciones. Las leyes no lo van a solucionar porque es función de estas dejar hacer a los profesionales regulando solo los últimos espacios de conflicto cuando pelagra el bien jurídico protegido: la salud como derecho fundamental.

EL INTRUSISMO, CONCEPTO POCO CLARO Y EN CONSTANTE DESARROLLO

El artículo de los Dres. López Timoneda y Ramírez Armengol, citado al principio, introducía, con evidente buena fe y preocupación la cuestión de que la realización de técnicas de sedación por los no anestesiólogos podría suponer intrusismo profesional, expresión alarmante que se halla recogida no sólo en el lenguaje coloquial sino que constituye un tipo delictivo específico. Esa alusión al intrusismo aumentó la alarma entre los lectores del artículo, preocupación que todavía era perceptible en las intervenciones habidas en el Congreso Anual, de anterior referencia.

Pues bien, el temido intrusismo como delito de falsedad tipificado en el Art. 403 del vigente Código Penal se define cómo ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España. Y si además, se atribuyese la cualidad de profesional amparado por el título referido, la pena aumenta (hacer publicidad del título no obtenido).

Años atrás la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional siguió la tesis de Magistrado Ruiz Vadillo (sucesivamente componente de uno y otro tribunal), por virtud de la cual si el médico no especialista realizaba funciones como tal, a ciencia y conciencia de que no podía realizarlas (actuación dolosa) incurriría en el delito de intrusismo. No obstante si desconocía si su título académico de licenciado en medicina no le autorizaba a practicar la especialidad incurriría en negligencia, en "error de prohibición" y su conducta no sería punible (estamos hablando del ejercicio de la profesión no de los resultados del ejercicio que pudieran ser lesivos por imprudencia, tema totalmente ajeno al intrusismo) (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13-6-90).

Seis años después el mismo Magistrado, ahora formando sala del Tribunal Constitucional, redactaba la sentencia de 13-2-96 por la que se negaba amparo al solicitante, condenado por el siguiente hecho: Retratada de un licenciado en medicina que ejercía de odontólogo, con publicidad, sin poseer la especialidad. Recordaba esta sentencia la doctrina tradicional según la cual "ni antes ni después de la Ley de Especialidades de 1955, un licenciado en medicina y cirugía no podía ni puede ejercer los actos propios de la profesión de odontólogo o estomatólogo, salvo que haya obtenido el título en una de estas especialidades".

Esta doctrina ha quedado ya superada por la nueva que introduce la importante sentencia del Tribunal Supremo de 1-4-03 (que debiera ser de obligada lectura) siendo ponente el Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido (hoy fiscal general) por la que se absuelve al procesado, licenciado en medicina y cirugía que trabajaba en el área de oncología sin ser especialista. Razona la sentencia que si bien existe una regulación oficial (académica) de la profesión médica, esta carece de rango legal y que no existe la constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos. Matiza el delito de intrusismo diciendo que para su comisión no basta con carecer de título oficial o académico (la especialidad) sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión (la profesión solo es la de médico) distinta a aquella para la que se encuentra habilitado. Y el médico no especialista, como hemos visto repetidamente (por todos el Art. 6.2 a) de la vigente Ley 44/03 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias) puede realizar lo que resume de forma muy clara un dictamen de la asesoría jurídica del Colegio Oficial de Médicos de Baleares cuando señala: "un médico puede ejercer cualquier actividad médica, pertenezca o no a alguna especialidad, siempre que no se anuncia con la cualidad o especialidad, lo que quiere decir que el médico puede hacerlo todo en medicina, en cirugía y en cualquier rama derivada, pero sólo los especialistas pueden anunciar su dedicación especial.

Volvemos así a situar el intrusismo como un delito de engaño, de estafa, de anunciarse y cobrar por lo que no es, con independencia de la *Lex Artis*, pues si de su actuación se deriva un resultado dañoso por negligencia (desconocimientos esenciales, falta de medios, etc.) resultará responsable civil, administrativo (si es médico del sistema público) o incluso penal si se produce un resultado de lesiones o muerte por negligencia; pero todo esto con total independencia de si tiene o no cierta o determinada especialidad médica.

¿De qué deriva, pues, la responsabilidad por daños y perjuicios causados al paciente? En nuestro ordenamiento no existe la responsabilidad puramente objetiva (como resultaría responder por el simple resultado de un daño o perjuicio), sino que es preciso un mayor o menor grado de culpa (subjetiva), de imprudencia, de mala praxis. Lo que hay que tener en cuenta es que, en medicina, la imprudencia no es cuestión de resultados, o no sólo de resultados, sino de medios empleados.

La responsabilidad civil, comprenderá todos los daños y perjuicios ocasionados al paciente, no por falta de especialidad, sino por imprudencia o negligencia en la actuación profesional. Esos daños y perjuicios comprenderán: el daño emergente o valorable como ya producido (secuelas, etc.), el lucro cesante, o perjuicio económico que se ocasiona teniendo en cuenta lo dejado de percibir en un futuro por los daños causados, y el daño moral.

La responsabilidad civil no queda cubierta sólo con las prestaciones de la Seguridad Social (para el caso de la

imprudencia en el servicio público sanitario), sino que el perjudicado puede presentar contra el médico responsable demanda ante el orden jurisdiccional civil por todos los perjuicios ocasionados hasta quedar indemne.

El problema de la responsabilidad civil tiene fácil solución mediante la suscripción de la adecuada póliza de seguros que cubra el riesgo. En este caso debe especificarse con claridad que el riesgo cubierto no debe ser sólo el que se produzca como consecuencia del acto o proceso en sí de la endoscopia, sino también de todas aquellas actividades necesarias o suplementarias a dicho acto, como serían en este caso la sedación y sus riesgos.

En cuanto a la responsabilidad penal, que es la que más preocupa a los profesionales, para que exista imprudencia es preciso que concurren los siguientes requisitos:

—Una conducta que suponga una inobservancia del deber de cuidado profesional.

—Un resultado de lesión del bien jurídico a proteger: la salud de una persona.

—Una relación de causa-efecto entre la actuación del profesional y el resultado.

La imprudencia consiste en un hacer o un dejar de hacer contrarios a un deber cuyo cumplimiento se exige por el legislador en cualquier actividad, de tal forma que de no llevarse a cabo esa actividad con diligencia se crea un peligro.

No obstante lo dicho no todas las actuaciones con un resultado de daño originan responsabilidad para el profesional. Así de la sentencia del T.S. de 20 de mayo de 1988 se puede concretar que:

No se castiga el error de diagnóstico ni el error de tratamiento salvo si se produce con un comportamiento insistente y continuado de abandono y descuido o bien de un reiterado incumplimiento de los elementales deberes.

Tampoco da lugar a responsabilidad penal la falta de una extraordinaria pericia o de una cualificada especialización en una materia determinada de la medicina.

En todo caso no se pueden establecer criterios fijos, sino que habrá que estar a las circunstancias de cada caso.

Con ligerísimas excepciones, la diligencia que se exige al profesional de la medicina es la que se puede pedir a un médico normal, de diligencia media, por sus conocimientos y preparación para evitar el resultado lesivo.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El tema del consentimiento informado no guarda una relación directa con la materia objeto principal de este artículo, que no es otra que la de situar el peligro de intrusismo en su exacta medida, y en su tratamiento jurisprudencial actual, alejando así el nubarrón que se cernía sobre los asistentes a la sesión del Congreso repetidamente citado, sobre la práctica de la medicina y de las técnicas de sedación, como parte de ella cuando se realiza por médicos sin una especialidad concreta.

No obstante lo dicho, se trae a colación por cuanto es necesario completar el estudio sobre la responsabilidad en que puede incurrir un médico, un sanitario en general, que lo omite o lo obtiene del paciente sin los requisitos que la Ley y los Tribunales exigen para eludir la responsabilidad, y todo ello independientemente de que se produzca o no un resultado dañoso, o no querido en la intervención médica, o de que en esta intervenga culpa o negligencia profesional.

Es, además, un tema que también fue tratado en la sesión de referencia y sobre el que uno de los asistentes a la mesa de ponentes, el abogado Dn. Ricardo de Lorenzo y Montero ha escrito un texto muy completo ("Derechos y Obligaciones de los Pacientes"), con ocasión de comentar la Ley 41/02.

Toda terapia o intervención quirúrgica realizada por el médico ha de estar precedida por la información que debe dar al paciente, de tal suerte que su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad.

¿En qué se basa esa obligación, no solo moral o ética sino también legal? Su fundamento se halla, con carácter general en la Constitución Española en sus Artículos 15 (integridad física) y en el 18.1 y 4 (intimidad personal por lo que se refiere a los datos sobre la salud), y en otras disposiciones de jerarquía fundamental. Así el Art. 4 del anexo II del "Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina", de aplicación en España tras su ratificación por el Consejo de Ministros el 19-11-96, establece que sólo se puede efectuar una intervención sanitaria después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento, tras una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias. El consentimiento dado, no es irrevocable y puede ser retirado por el paciente, o por quien lo haya dado en su sustitución, en cualquier momento.

Ya en el plano de la legalidad ordinaria los artículos 4,8 y siguientes de la Ley 41/02 de 14 de noviembre, establecen el derecho de todo paciente, en el ámbito de cualquier actuación sobre su salud, a conocer toda la información disponible sobre la misma, y a dar su consentimiento libre y voluntario.

También las Comunidades Autónomas que, con la excepción única de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, tienen hoy ya, todas ellas, transferidas las competencias sobre sanidad, han dispuesto normas sobre el consentimiento informado. Así, por ejemplo, en Cataluña, la Llei 21/00 de 29 de diciembre ya establecía en su Art. 2 que en cualquier intervención asistencial, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud, debiendo respetarse, no obstante lo dicho, la voluntad del paciente a no ser informada. La información ha de ser verídica, dada de manera comprensible (lo que entendemos por "*roman paladino*" que es la lengua que habla cada cual con su

vecino) a fin de que pueda tomar su decisión libremente y con conocimiento de causa.

¿Cómo debe ser la información al paciente?

En principio, la información verbal sería suficiente pero la Ley exige que sea por escrito en los siguientes casos:

Intervención quirúrgica.

—Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

—Todas aquellas actuaciones que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repersuasión negativa sobre la salud del paciente.

Un consejo: ante lo impreciso de la Ley, y para una total seguridad, infórmese siempre por escrito con copia firmada por el paciente (único medio efectivo de prueba en caso de juicio).

Debe ser informado en términos que le alcancen a comprender lo que se le dice. No hay que darle un tratado científico sobre los aspectos y pormenores de la intervención, pero sí una información suficiente en términos comprensibles para sus condiciones de edad, cultura, etc.

La información no puede ser un "*totum revolutum*", sino que se informara sobre cada una de las actuaciones específicas y sus riesgos. En caso de la sedación en la endoscopia, la información afectará a los riesgos de la endoscopia y a los de las técnicas de sedación empleadas.

¿Quién debe ser informado?

El paciente, siempre que se pueda.

Las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho siempre que aquel lo autorice expresa o tácitamente. Si el paciente no quiere que estos allegados sean informados debe manifestarlo expresamente (se aconseja siempre por escrito). En este sentido la sentencia del T.S. Sala 1ª de 24-5-95 (ligadura de trompas con consentimiento del marido).

Si el paciente está incapacitado, legalmente o no, de forma permanente o temporal, o si a criterio del médico no está en condiciones de entender la información, se informará. También a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

¿Hay límites a la obligación de informar?

Sí, cuando el paciente manifiesta que no quiere ser informado. También existen otros límites como en las situaciones de urgencia, estando el paciente inconsciente o sin capacidad para comprender la información (conviene asegurarse mediante testifical u otra prueba eficiente que la situación del paciente no permitía o aconsejaba su información. Sentencia T.S. de 28-12-99).

Cuando el paciente o familiares no pueden ser informados, corresponde al médico decidir y ahí la jurisprudencia se cuestiona si de haber sido informado lo hubiese autorizado (caso de mielopatía cervical que, de no intervenir conduciría a tetraplejía o fallecimiento, S.T.S de 28-12-99), o lo hubiese desautorizado (cirugía de escoliosis en menor de edad que resultó con paraparesia, no habiéndose informado a la madre del riesgo y de alternativas menos agresivas, S.T.S. de 23-4-92).

En los supuestos en los que la intervención no es curativa sino satisfactiva o eliminadora de molestias o dolor como podría ser algunas técnicas de sedación, el consentimiento informado debe ser todavía más exigido por cuanto no se trata de una actividad curativa ni estrictamente necesaria. Hoy en día, no obstante la demanda de actuaciones médicas de mejora de imagen o la utilización de sedación para evitar molestias o dolor ha aumentado enormemente. En este caso la jurisprudencia entiende que no sólo sigue vigente la necesidad de la información sino que dicho deber es si cabe más exigible.

Resumiendo: el médico incurrirá en responsabilidad, simplemente por no informar u obtener el consentimiento informado, aunque el resultado no sea lesivo. Si además

se ha producido un daño o un resultado previsible dañoso, con independencia de que se haya actuado correctamente o haya intervenido negligencia profesional, la falta de consentimiento puede elevar la indemnización a satisfacer. Por el contrario, cuando el riesgo se asume y acepta por el paciente debidamente informado, sólo existirá responsabilidad por negligencia en la actuación y no en el resultado (mala praxis, medios inadecuados o impericia en su utilización, imprevisión, etc.).

El problema fundamental desde un punto de vista procesal es la falta de medios de prueba con que puede encontrarse el médico no previsor, dado que la carga de la prueba en caso de demanda le correspondería al médico. La información escrita y firmada por el paciente es la mejor ayuda.