

INTRODUCCIÓN A LA ETICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA. ASPECTOS ÉTICOS Y DEONTOLÓGICOS DE LA PRUEBA PERICIAL. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SECRETO PROFESIONAL.



Angel Hernández Gil

**Jefe Servicio Clínica Instituto Medicina Legal y Ciencias Forenses de Jaén
Presidente Comisión Deontología y Etica del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos**

Etica Médica en el ámbito jurídico

16-23 de junio de 2021



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN

- 1. INTRODUCCION A LA ETICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA.**
- 2. ASPECTOS ÉTICOS Y DEONTOLÓGICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.**
 - 2.1. ASPECTOS ETICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.
 - 2.2. ASPECTOS DEONTOLÓGICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.
- 3. CONSENTIMIENTO INFORMADO.**
- 4. SECRETO MÉDICO.**
- 5. REFLEXIONÉS ÉTICAS SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL MÉDICO FORENSE.**



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

El ejercicio de la profesión médico forense, al igual que el resto de profesiones, debe ir enmarcada dentro de una serie de normas éticas y deontológicas que guíen la conducta profesional.

Tras realizar una breve introducción a los conceptos de ética, bioética y ética médica, son analizados de modo somero aquellos principios que deben guiar toda actuación médica, incidiendo en los clásicos principios de la bioética médica: no maleficiencia, beneficencia, autonomía y justicia.

Posteriormente son revisados los aspectos éticos y deontológicos de la prueba pericial médica. El análisis de la prueba pericial desde un prisma ético considera los principales sesgos o casusas de error en la elaboración de una pericia médico forense. La conducta deontológica de la prueba pericial es estudiada tomando como base la normativa del Código de Deontología Médica actualmente vigente.

Con posterioridad es analizada la máxima expresión del principio de autonomía del paciente, el consentimiento informado, que constituye un derecho fundamental del paciente y un deber inexcusable para el profesional médico, formando parte esencial de la lex artis médica. Servirá de referencia para esta revisión el autor el Decálogo del Consentimiento Informado elaborado por la Comisión Central de Deontología Médica del Consejo General de Colegios de Médicos de España, al contener las claves para su correcta elaboración y por tanto análisis del mismo.

La revelación del secreto médico, aún para proteger a terceros o a la sociedad, llega a plantear al médico un gran problema ético no exento de responsabilidad legal. Por ese motivo se considera de máximo interés su análisis al constituir un derecho fundamental del paciente y uno de los principales deberes del médico, esencial para una correcta relación médico paciente basada en la mutua confianza.

Finaliza el presente artículo con unas reflexiones éticas personales del autor a base de Decálogo sobre el correcto proceder en la actividad profesional diaria del ejercicio de la medicina forense.

1. INTRODUCCIÓN A LA ETICA Y LA DEONTOLOGÍA MÉDICA.

Puede definirse la Etica como aquella rama de la filosofía que estudia lo correcto o equivocado del comportamiento humano. Definida por Aristóteles, según algunos autores auténtico fundador de la ética, como aquella disciplina filosófica que estudia el bien y el mal y sus relaciones con la moral y el comportamiento humano. Según la RAE es el conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida.

La Bioética es el estudio sistemático de la conducta humana en los campos de las ciencias biológicas y de la atención de la salud, en la medida en que esta conducta se analiza a la luz de los principios y valores morales.

La Ética Médica es la encargada de discutir y fundamentar reflexivamente ese conjunto de principios o normas que constituyen nuestra moral. Por su parte, la moral es el conjunto de principios, criterios, normas y valores que dirigen nuestro comportamiento. Nos hace actuar de una determinada manera y nos permite saber que debemos hacer en una situación concreta. Define lo que está bien y mal hecho.

Así, la Bioética médica podríamos definirla como el intento de gestionar los valores relacionados con la salud y la enfermedad de modo responsable y prudente. Durante el curso de un acto médico, ante determinados hechos, en algunas ocasiones se plantea la tesis o conflicto de defender una serie de valores y el profesional de la medicina le asalta la duda de decidir sobre qué deberes son los que debe realizar.



Con el objeto de auxiliar la resolución de los conflictos que surgen dentro del ejercicio de las profesiones sanitarias surgieron los principios de la Bioética que de modo muy breve podemos exponerlos como sigue.

Existe un principio formal universal y absoluto que establece que *“todo ser humano debe ser tratado con igual consideración y respeto”*, principio que debe ser respetado siempre tomándolo como esencial en el ejercicio de cualquier profesión, y cómo no, en el de la profesión médica.

Son sobradamente conocidos los PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA enunciados por los autores americanos Tom L. Beauchamp y James F. Childress¹, principios materiales y no

¹ Beauchamp TL, Childress JF. Principios de ética biomédica. Barcelona: Masson, 1999.

absolutos, válidos para cualquier acto médico y para cualquier ser humano, si bien, existen situaciones excepcionales en los que deben ser ponderados la aplicación de los mismos.

El primero de ellos es el principio de NO MALEFICENCIA, según el cual existe obligación de no lesionar con nuestras prácticas asistenciales la integridad física o psíquica de un paciente. Viene a reflejar el contenido de la expresión latina *primum nil nocere* o *primum non nocere*, esto es, ante todo no hacer daño. Aunque clásicamente ha sido atribuida a Hipócrates, no viene contenida de modo expreso en el Juramento Hipocrático. Ha sido descrita como una paráfrasis latina de Galeno de un aforismo hipocrático "para ayudar, o por lo menos no hacer daño".

Incluye el no agredir, pero además evitar la futilidad y la utilización de medios desproporcionados, por ejemplo lo que entendemos por obstinación diagnóstica o terapéutica, y tiene mucho que ver con el concepto de contraindicación médica.

Es más fuerte la obligación de no hacer el mal que la de hacer el bien, ya que no estamos obligados a hacer el bien a una persona en contra de su voluntad, pero sí a no hacerle daño.

El principio de BENEFICENCIA consiste en la "obligación de hacer el bien a la persona según su propio proyecto de vida". La actuación del médico debe ser beneficiosa para su paciente, lo cual obliga a una ponderación de riesgos y beneficios donde la opinión del paciente no es ajena aunque tampoco esencial. Existe un cierto paralelismo entre principio de beneficencia y el concepto de indicación médica, de modo que puede haber varias opciones aceptables o beneficiosas que respeten este principio, entre las que no se puede descartar la abstención, pero ninguna es en sí misma obligatoria. Viene a resumirse en la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo prejuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente; presupone que el profesional médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que aquel sabe (y por tanto, decide) lo más conveniente para este.

El principio de AUTONOMÍA consiste en la obligación de respetar los valores ideas, creencias, y en definitiva el proyecto de vida del paciente. Debe permanecer el respeto a la libertad y responsabilidad del paciente, quien valora lo que considera bueno para él. Presupone la capacidad de decisión, jugando un papel importante el sistema de valores del paciente – lo que para él es importante en la vida-, y el modo en que es informado de su situación por el profesional. El médico debe evitar el paternalismo, es decir, decidir en lugar del enfermo, y ser respetuoso con su voluntad, buscando honestamente el consentimiento tras haberle proporcionado una adecuada información

En el ámbito médico, el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.

Finalmente, el principio de JUSTICIA establece la obligación de no discriminar a una persona en cuanto a los recursos que le correspondan, Es un principio que exige tratar a todas las personas con la misma consideración, sin hacer discriminaciones de ningún tipo. La aplicación de este principio no se logra con la igualdad matemática, sino con equidad, es decir, protegiendo más a quien más lo necesita, y esto no sólo en la macro-distribución de recursos económicos sino también en la dedicación de tiempo de consulta por parte del profesional.

No obstante, no podemos limitarnos a enumerar únicamente estos principios pues en la resolución de los conflictos sanitarios entran en juego otros principios ligados a la ética de la virtud, que en no pocas ocasiones también deben ser considerados: la lealtad y empatía con el paciente, la benevolencia, la justicia con el paciente concreto, la calidad de vida, la compasión, la prudencia, el conocimiento, la debida formación continuada o el altruismo.

La resolución del conflicto requerirá de un análisis pormenorizado del caso concreto, realizar una deliberación profunda con una adecuada reflexión de los hechos y de los valores en juego. Debe ser realizada una fase de deliberación clínica y otra de deliberación propiamente moral, considerando la relación existente entre ambas. En el proceso de deliberación es fundamental contar con el parecer del paciente, o de sus familiares cuando este no pueda expresarse, y poner en juego las virtudes del profesional sanitario, especialmente la prudencia. Tras valorar los cursos de acción extremos e intermedios de actuación, proceder a la elección de los justos deberes a realizar, siempre contando con la comunicación con el paciente, y en su caso con sus familiares, para conseguir una toma de decisión compartida.

Por otro lado, la Deontología es el conjunto de reglas y principios a que debe ajustarse la conducta de una persona en el ejercicio de una profesión. Ha sido definida como aquella rama de la ética cuyo propósito es establecer los deberes, obligaciones y comportamientos que tienen que asumir quienes ejercen una determinada profesión.

La función deontológica de los Colegios Profesionales es una potestad atribuida por Ley con fundamentos en la Constitución Española, según el artículo 36 de nuestra Carta Magna. La función deontológica se basa en la capacidad autorreguladora que tienen otorgados los Colegios Profesionales: elaboración y aprobación de un Código Deontológico que es una norma de obligado cumplimiento. Al tratarse de normas de obligado cumplimiento, solo contempla aquellas conductas y situaciones asumidas por la mayoría de la colegiación, que permita no quebrantar la conciencia de nadie, ni violentar los fundamentos éticos que garantizan la convivencia de un amplio colectivo que necesariamente ha de tener y mantener opiniones distintas ante los diferentes dilemas que se plantean en el ejercicio de una profesión.

Por lo que respecta a la profesión médica, tal y como señala el Código de Deontología actualmente vigente en su artículo 1, “la deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico”. Su incumplimiento por parte de los profesionales lleva aparejada una sanción derivada de la potestad sancionadora de los colegios profesionales sustentada en un régimen de faltas y sanciones incorporado al Estatuto General y sancionado para su legalidad por el gobierno.

2. ASPECTOS ÉTICOS Y DEONTOLÓGICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.

Seguiremos para la exposición del presente epígrafe el contenido de la ponencia presentada por este mismo autor relativa al Protocolo del Informe pericial en la valoración de la praxis médica durante el Curso relativa a la Valoración de la Praxis Médica en la especialidad de Ginecología y Obstetricia en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia el pasado mes de septiembre de 2020.

2.1. ASPECTOS ETICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.

Iniciaremos el presente estudio abordando los aspectos puramente éticos de la prueba pericial, que tiene la consideración de acto médico. Una pericia médica consiste en la exploración y estudio de un paciente, que precisa una metodología concreta y el auxilio de pruebas médicas destinadas a obtener un juicio médico-legal sobre una patología concreta, sobre el estado físico y/o mental de una persona, o sobre el grado de capacidad y o de menoscabo que tiene para desempeñar determinadas tareas o funciones y todo ello usando los conocimientos de la medicina².

Es por ello, que cualquier pericia médica deberá ser realizada por persona licenciada o graduada en Medicina y Cirugía, ajustándose a la “lex artis médica” y bajo los preceptos establecidos en el Código de Deontología Médica³.

El profesional de la medicina al actuar como perito debe ajustar siempre su actuación a la ética profesional, y ello implica respetar los siguientes principios:

1. *Principio de autonomía*, respetando el derecho del paciente, siempre que sea competente para ello, a ser informado y elegir entre ser o no ser evaluado en relación con los hechos contemplados en las diligencias judiciales.
2. *Principio de confidencialidad*. Se debe garantizar al paciente la reserva de aquellos datos obtenidos en la evaluación y que no inciden directamente en las diligencias judiciales.
3. *Principio de objetividad*. El médico perito debe mantener una distancia afectiva suficiente para evaluar los diferentes datos de interés con imparcialidad y objetividad, ajenos a cualquier condicionante.
4. *Principio de honestidad*: Deber de mantener la independencia científica respecto del proponente de la prueba.
5. *Principio de verdad y justicia*. El deber de ajustar las conclusiones a los principios de razonamiento científico, debiendo especificar en la medida de lo posible el grado de certeza de sus conclusiones.

² Organización Médico Colegial de España. *Manual de Etica y Deontología Médica*. Madrid. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos 2012.

³ Código de Deontología Médica. Guía de Etica Médica. Aprobado por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial de España el pasado 09 de julio de 2011. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/index.html#/25/zoomed.

Son de notable interés las consideraciones señaladas por el *Código de Ética de la Asociación Médica Americana*⁴ a aquellos médicos que proceden a la realización de una pericia médica:

- Los médicos tienen la obligación ética de colaborar con la Administración de Justicia.
- Los médicos peritos deberían tener experiencia importante y reciente en la materia en la que informan.
- Los médicos peritos deben limitar sus informes al área de conocimientos de su especialidad.
- Los médicos peritos deben prepararse adecuadamente para testimoniar con honradez y verdad lo mejor de sus conocimientos.
- El médico perito no debe convertirse en un abogado.
- El abogado que propone al perito debe conocer toda la información, favorable y desfavorable para él, desarrollada por el médico en la evaluación del caso.
- No es ético para el médico aceptar compensaciones que dependan del resultado del juicio.

Aso Escario⁵ realiza una extraordinaria revisión de los aspectos éticos de la actividad pericial médica. Entre las principales materias que suscitan mayor debate de discusión ética este autor destaca la cualificación del perito, los diferentes sesgos que pueden aparecer, error, la confidencialidad debida al paciente y los presuntos conflictos entre actividad asistencial y pericial.

Una cuestión esencial, en muchos casos, radica en conocer si el perito médico tiene la cualificación que le permita aceptar su intervención en una prueba pericial concreta. Señala el autor, de modo coincidente con este ponente, que cuando la materia objeto de pericia se centra en áreas de Medicina Especializada, como sucede, por ejemplo, en materias de responsabilidad profesional (ej., intervenciones quirúrgicas de neurocirugía, oftalmología, medicina nuclear, etc.), además de poseer conocimientos científicos en la materia es preciso que el perito posea la necesaria experiencia clínica. Resulta un contrasentido que en una época como la actual fundamentada en la Medicina basada en la evidencia, no se les exija a los peritos por normativa legal que fundamentaran siempre sus opiniones en evidencias sólidas, así como en acreditación y experiencia en la materia. Los sistemas juristas más exigentes en países de nuestro entorno, vienen requiriendo a los peritos que sus dictámenes se apoyen en una metodología correcta y que sus opiniones se fundamenten en hechos contrastados y publicados, que aporten toda la bibliografía relevante, así como la experiencia propia sobre la que basan su opinión.

Otra de las principales alteraciones que pueden reducir la objetividad del perito según Aso es el sesgo que puede ser introducido por numerosos factores. Señala el sesgo económico, cuando razones económicas pueden inducir a una falta de objetividad en el perito. En este sentido, numerosos Códigos de Deontología profesional declaran prohibidas las “retribuciones por contingencia”, es decir, que entren en juego variables según el resultado del proceso. De igual modo, entre las conductas prohibidas se encuentran realizar “pacto de cuota litis”, lo que coloquialmente se denomina “ir a porcentaje”; o realizar pactos “no win, no fee”, esto es, si no se gana el procedimiento judicial, no se cobra. Conductas todas ellas que vienen a condicionar al perito y pueden restar objetividad en sus opiniones, y por ende, restar credibilidad a los

⁴ American Medical Association. Council on Ethical and Judicial Affairs (1997-1997 Edition). *Code of Medical Ethics: Current opinions with annotations*. Washington DC. AMA.

⁵ Aso Escario, José. *Bioética de la actividad pericial médica*. Cuad. Med. Forense, 15 (56), Abril 2009.

mismos. Respecto a los honorarios, también se recomienda que las retribuciones por la actividad pericial sean razonables y ajustadas al trabajo real al que corresponden.

Puede producirse también un sesgo por déficit de la información necesaria para elaborar la pericia, por lo que se aconseja que antes de aceptar un caso, el perito ha de constatar que la totalidad de las fuentes de información están disponibles para su utilización⁶. En consonancia con lo referido, debemos señalar el contenido del artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 cuando refiere textualmente: “El Juez facilitará a los peritos los medios materiales necesarios para practicar la diligencia que les encomiende, reclamándolos de la Administración pública, o dirigiendo a la Autoridad correspondiente un aviso previo si existieren preparados para tal objeto, salvo lo dispuesto especialmente en el artículo 362”.

Es abordado de igual modo por Aso el potencial sesgo del perito al simultanear asistencia y pericia, fundamentado no solo en razones de índole ética sino también en problemas de confidencialidad, ya que el perito puede desvelar determinada información que el paciente puede llegar a considerar sensible y que no desee que sea conocida por terceras personas. De igual modo, la actividad asistencial futura puede verse resentida tras una actividad pericial en la que el paciente se sienta traicionado por su médico que peritó, a su juicio, en contra de sus intereses. Sería el caso de periciales psiquiátricas en las que pueden producirse rupturas asistenciales por interpretaciones subjetivas de los pacientes.

Debería ser considerada también la posibilidad de sesgo por error. El perito no debe olvidar que existe la posibilidad, inherente a cualquier actividad humana, de un error en los dictámenes previos a la emisión de su pericia. Sería el caso de que se haya podido producir un error en un informe de autopsia o de anatomía patológica, en los que se ha establecido una determinada causa de muerte o un determinado diagnóstico como totalmente cierto. Una posible solución sería someter dichos dictámenes o juicios diagnósticos a una revisión ciega (“peer review”), en la cual el segundo perito, desconocedor de los resultados del otro examen pericial, realiza la prueba independientemente.

Citar finalmente el sesgo por déficit de medios en el que el perito puede cometer errores por déficit de los medios complementarios adecuados o necesarios para poder llegar a unas conclusiones determinadas o para proceder a una adecuada valoración del daño. No sería ético tampoco proceder a la emisión de pericias sin que el perito cuente con las guías o protocolos de actuación necesarios o debidamente actualizados.

Es por todo ello, que tal y como señala Aso Escario, resulta esencial la adopción y seguimiento de un Código de conducta del perito en materias médicas y muy en especial en asuntos por responsabilidad profesional, y que dicho Código debería incluir, además de cuestiones éticas para evitar el sesgo, aspectos técnicos para reducir el error, ajustándose a las reglas Daubert-Merrel-Down⁷, es decir dictámenes que se fundamenten teorías basadas en el conocimiento científico, publicadas y sometidas a revisiones por peritos imparciales, comunicando al Tribunal las potenciales tasas de error, y aceptadas por la Comunidad Científica (que superara la denominada regla Frye⁸, esto es, que tuviera la aceptación general de la comunidad Científica en el campo concreto).

⁶ Roberts HJ. *Medical consultation and expert testimony in claims litigation. Professional and ethical guidelines*. J Insur Med 1991;23(2):130-134.

⁷ Daubert vs Merrel Down Pharm Inc., 951 F 2d 1128 (9th Cir. 1991).

⁸ Frye vs United States 293 F. 1013 (1923).

2.1. ASPECTOS DEONTOLÓGICOS DE LA PRUEBA PERICIAL.

Revisaremos seguidamente todo el articulado del Código de Deontología Médica referente al Capítulo XVII que trata de los Médicos Peritos, así como aquellas modificaciones previstas en el Borrador de dicho Código propuestas por los miembros de la Comisión Central de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial y remitidas a la totalidad de los Colegios Provinciales de Médicos en diciembre de 2019.

Artículo 62.1.- El médico tiene el deber de acudir a la llamada de los jueces y tribunales; auxiliará a las Administraciones en aquellos asuntos que, siendo de su competencia, redunden en el bien común.

Con independencia de la obligación inexcusable de los médicos de colaborar con la Administración de Justicia cuando es requerido, la primera obligación ética ante cualquier llamamiento judicial para actuar correctamente, es que el médico conozca en calidad de qué se le pide la comparecencia ante el tribunal, (testigo o perito) para conocer las obligaciones y derechos que le asisten, así como el tipo de proceso judicial para el que se solicita la comparecencia del médico. Atendiendo a estas cuestiones unas son obligatorias:

- a. La asistencia como testigo, tanto en los procesos penales, como civiles.
- b. La aceptación del nombramiento como perito judicial en los procesos penales, cuando es nombrado por el juez.

En el resto de circunstancias, aceptar la citación como perito será un derecho del médico y solamente deberá aceptarla si así lo desea. Sería por ejemplo el caso de pericias solicitadas a instancia de parte, tanto en la jurisdicción penal, como la civil, contenciosa o social. En el caso de las pericias judiciales en el ámbito civil, aunque sea nombrado por el juez, también es un derecho del médico, ya que habrá expresado previamente su compromiso de participar como perito en los pleitos civiles, inscribiéndose en las listas existentes en los diferentes Colegios Provinciales de Médicos para las distintas especialidades que deben ser remitidas anualmente a los diferentes órganos judiciales.

2.- La cooperación con la Justicia y la Administración no debe significar menoscabo de los derechos del paciente. El médico perito respetará el secreto profesional con las únicas excepciones detalladas en este mismo Código.

3.- El médico que fuese citado como testigo, en virtud de nombramiento judicial, tiene la obligación de comparecer. En el acto testifical se limitará a exponer los hechos que, en virtud de su condición de médico, haya visto u oído y que sean relevantes para la causa. Preservará el secreto médico hasta donde sea posible y sólo revelará aquello que sea estrictamente necesario para la resolución del asunto judicial. En los pleitos civiles no podrá dar información privilegiada obtenida confidencialmente por su condición de médico.

En el mismo sentido que a la intervención como testigo, en el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019 se establece la obligación al médico que interviene como perito de respetar el secreto profesional hasta el extremo que sea posible: *“El médico perito debe revelar solamente la información médica estrictamente necesaria para alcanzar la finalidad de la pericia médico legal solicitada”*.

La normativa legal que regula la intervención del perito en el ámbito civil, esto es, la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹, establece en su artículo 371, que *“cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta”*.

4.- El médico no debe aceptar una pericia médica para la que no tiene capacitación profesional o si no está dispuesto a defenderla en el juicio oral. Si fuese obligado a ello estará legitimado para acogerse a la objeción de ciencia.

El contenido de este artículo no hace sino reiterar los requisitos exigibles en el Código de Deontología cuando se aborda la calidad de la atención médica. Señala el artículo 22.1 del Código de Deontología Médica de modo literal: *“El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia”*. El facultativo médico cuando aborda una pericia debe realizar de modo estrictamente una reflexión sobre su cualificación personal y se encuentra obligado a no realizar actuaciones para las cuales está debidamente capacitado. Resulta contrario a la deontología y a la ética aceptar pericias que versan sobre áreas de la medicina que uno desconoce o que no tiene la necesaria experiencia en la materia. Si es obligado a ello, existe la posibilidad de acogerse a la objeción de ciencia. En el hipotético caso de sentirse obligado a peritar, deberá advertir al Tribunal de sus deficiencias teóricas y/o prácticas y, del posible error en sus conclusiones.

5.- El cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada.

En el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019 se propone que se añade a la redacción del articulado, con objeto de fundamentar dicha prohibición el siguiente texto: *“habida cuenta de la lealtad que el médico debe a sus pacientes y de la imparcialidad que debe tener todo acto pericial.*

El conflicto ético que surge en determinados médicos entre la potencial función asistencial y pericial ha sido equiparada en determinada literatura científica con la figura del doble agente¹⁰. Un ejemplo de la figura del “doble agente” nos la encontramos en la figura de los denominados “médicos de empresa”, o “médicos de las mutuas laborales”, que habitualmente atienden a los trabajadores en sus patologías, estableciendo con ellos una relación médico paciente basada en la confianza. En determinadas ocasiones, son requeridos por sus empleadores, los empresarios, para peritar en sede judicial sobre cuestiones médicas de sus pacientes, que les confiaron determinadas cuestiones que no hubieran llevado a cabo de haber conocido previamente que en un futuro podrían peritar contra sus intereses. En determinadas ocasiones separar la función asistencial de la pericial para determinados profesionales de la medicina resulta irresoluble. La solución se encuentra en la propia conciencia del médico que puede quedar a salvo si en su primera relación asistencial advierte al paciente que todo lo que conozca de su asistencia podría ser revelado posteriormente en un

⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicado en BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000.

¹⁰ Halleck SL: The ethical dilemmas of forensic psychiatry: a utilitarian approach. Bull Am Acad Psychiatry Law 1984;12:279–288.

futuro procedimiento judicial, aunque evidentemente no es la mejor manera de iniciar una relación médico paciente.

6.- Si la pericia médica precisara de un reconocimiento médico del peritado expresamente hecho a tal fin, el perito comunicará su identificación personal y profesional, quién le nombra, la misión que le ha sido encargada, por quién, para qué y que sus manifestaciones pueden ser plasmadas en el informe y hacerse públicas. Si el paciente se negara a ser examinado, el perito se limitará a ponerlo en conocimiento del mandante.

La obligación aquí establecida al perito consiste, al igual que en el resto de actos médicos, en solicitar el consentimiento al sujeto peritado para proceder a cuantas exploraciones sean necesarias para emitir la pericia.

En el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019 se amplía esta obligación cuando el perito precisa consultar la documentación clínica de algún paciente.

7.- Las normas deontológicas que regulan la exploración de cualquier paciente para preservar su intimidad y pudor serán del máximo rigor, ya que el peritado, por su situación procesal, se encuentra en situación de inferioridad frente al perito.

8.- El médico no debería prestarse a actuar como testigo-perito.

Se ratifica y confirma la inconveniencia de actuar como testigo perito en el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019, cambiando el modo verbal condicional a imperativo. Con objeto de auxiliar a los médicos forenses y al resto de facultativos. De igual modo, se propone la actuación a seguir una vez recibida la notificación de intervenir en juicio oral: *“Recibida la notificación, debe comunicar al juez, que el Código de Deontología le prohíbe realizar esta doble función en unidad de acto. Si es obligado a ello, se debe limitar a trasladar los hechos conocidos en condición de testigo”*.

La figura de testigo-perito fue creada por el legislado para posibilitar la actuación de personas que fueron testigos de determinados hechos, y que además poseen determinados conocimientos o cualificaciones profesionales específicas en el caso concreto, pudieran también intervenir como peritos en procedimientos judiciales. Es el caso típico de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero no es el caso de los facultativos médicos. El médico forense que intervino en un procedimiento penal nunca fue testigo de nada, intervino exclusivamente como perito emitiendo un dictamen. De igual modo, los médicos asistenciales no son testigos de ningún hecho, intervienen como profesionales atendiendo a pacientes con una finalidad curativa. Cuando los letrados citan como testigo-perito a médicos forenses que actuaron como peritos en un proceso penal previo o a médicos asistenciales sin consentimiento previo para peritar en un procedimiento civil, no están más que tratando de obtener una pericial encubierta a través de la utilización de la citada figura jurídica. Es por ello, por lo que resulta contraria a la deontología la intervención del médico como testigo-perito pronunciándose numerosos autores favorables a que dicha figura sea retirada cuando se trate de profesionales sanitarios.

9.- Si en el curso de su actuación el médico perito descubriera algún hecho o circunstancia que conlleve un riesgo importante para la vida o salud del paciente o de terceros deberá comunicarlo en primer lugar al interesado y eventualmente a la autoridad que corresponda.

De modo novedoso, es abordado el tema de honorarios de los peritos en el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019, y se redacta en este sentido: *“El*

médico perito no debe solicitar como provisión de fondos unos honorarios desproporcionados o abusivos en relación al acto pericial concreto". Esta redacción ha sido cuestionada por varios Colegios Médicos Profesionales por varios motivos. Se considera que la situación de proporcionalidad es ambigua y arbitraria, no existiendo baremos establecidos por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos que establezcan la cuantía de las minutas a cobrar por peritos médicos.

Otra de las novedades existentes en el Borrador de actualización del Código de Deontología Médica de 2019, incide en la enorme problemática que sufren los pacientes cuando tratan de encontrar un perito para abordar las periciales que versan sobre la valoración de la praxis médica. En este sentido establece que *"El médico perito no debe rechazar sin causa justificada una prueba pericial cuando voluntariamente solicitó su inscripción en la lista de peritos del Colegio"*.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La Ley 41/2002 de autonomía del paciente, define el Consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

En el ejercicio de la medicina actual, existe un requisito legal y ético previo a la realización de cualquier acto médico, y este es la obtención del consentimiento informado por parte del paciente o de sus familiares, ya sea en los países anglosajones¹¹ como en España, siendo esto una norma general, que hay que se debe cumplir sin discrepancias¹².

Por lo que respecta a la actuación médico forense cotidiana existe controversia a la hora de proceder a la solicitud de consentimiento informado al sujeto peritado.

Si nos encontramos en el campo del Derecho Penal, el médico forense actúa bajo mandato judicial por lo que se entiende, que desde el punto de vista legal, no tiene necesidad de solicitar dicho consentimiento al sujeto objeto de la pericia. No obstante, desde el marco estrictamente ético, siempre es aconsejable tal y como señala nuestro Código de Deontología, informar previamente al peritado del objeto de la pericia y solicitar su consentimiento para la práctica de la misma y, en el caso que éste lo rechazara, no proceder a practicar la misma informando de ello a la autoridad judicial correspondiente, esperando a la resolución judicial que ordenará sin género de dudas la práctica de la misma.

Ahora bien, si nos encontramos en el ámbito del Derecho Civil, o en aquellos campos en los que operan por sustitución la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya sea la jurisdicción Contencioso-Administrativa o el campo del Derecho Laboral, debe ser un imperativo para el médico forense informar con carácter previo del objeto y alcance de la prueba pericial y, solicitar con posterioridad el preceptivo consentimiento para la práctica de la misma. Ya existen reclamaciones de usuarios de la Administración de Justicia en el campo del Derecho Civil por la práctica de pruebas periciales sin solicitar el respectivo consentimiento (toma de muestra de saliva para determinación de ADN en un procedimiento paterno filial y toma de muestra de

¹¹ Appelbaum Ps, Lidz Chw, Meisel A. Informed Consent Legal theory and Clinical Practice. Oxford University Press, New York, 1987.

¹² Gisbert Calabuig JA. Medicina Legal y Toxicología. Villanueva Cañadas, E. 7ª edición. Elsevier. Barcelona, 2018.

cabello para determinación de drogodependencia en litigios judiciales en los que se cuestionaba la patria potestad).

De igual modo, por imperativo legal, existe necesidad de obtener consentimiento del sujeto peritado durante la realización de pericias extrajudiciales en la valoración del daño corporal de lesionados en accidentes de tráfico.

Por otro lado, el análisis del consentimiento informado en el ejercicio de la actividad médico forense resulta sumamente trascendente a la hora de realizar pericias sobre la valoración de presuntas imprudencias médicas. Múltiples estudios constatan que las deficiencias en información, la falta del documento del consentimiento informado o la no correcta cumplimentación del mismo son, aproximadamente, la causa del 70% de las reclamaciones sanitarias¹³. A pesar de ello, existe un gran número de médicos forenses que a la hora de realizar pericias sobre presunta mala praxis médica se limitan a valorar la adecuación o no del acto médico concreto sin abordar el análisis de la existencia o no del consentimiento informado, al entender que el mismo es un documento simplemente burocrático que forma parte de la historia clínica, y que su constatación en todo caso corresponde al tribunal.

Craso error el modo de proceder de quienes omiten la valoración del consentimiento informado, ya que la normativa legal, deontológica y reiterada jurisprudencia establecen que informar y obtener el consentimiento del paciente forman parte de la *lex artis* médica, y que su ausencia o incorrección cuando existe daño derivado del acto médico genera responsabilidad en el profesional médico.

Es por ello, por lo que se entiende imprescindible y esencial la valoración por parte del perito del correspondiente consentimiento informado, tras el análisis de la historia clínica y de las declaraciones de denunciante, denunciado y testigos si es que los hubiere. Si existieran contradicciones así las hará notar el perito en su informe, y corresponderá al Tribunal la valoración del tiempo y forma en que fue transmitida la información al paciente y emitido el consentimiento por el mismo, ya sea durante la instrucción o durante el juicio oral, en ocasiones auxiliado por testigos.

Pero lo que no puede hacer el perito es no realizar consideración alguna al respecto. El perito deberá siempre valorar el contenido del consentimiento, el tiempo de latencia existente entre el traslado de la información y su aceptación y el acto clínico concreto, si está o no firmado y por quién, así como la ausencia o no de referencias personales del paciente.

La Comisión Central de Deontología (CCD) de la OMC elaboró en junio de 2016 un Decálogo del Consentimiento Informado¹⁴, documento enfocado a auxiliar a los médicos en su quehacer diario, recopilatorio de los puntos básicos que establece la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁵.

¹³ Hernández Gil, A. "Causas de Responsabilidad por Mala praxis Médica" en "Informar para Consentir. Responsabilidad del Médico" (Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Badajoz. Ed.: iomBA, 2013. pp: 107-145.

¹⁴ Declaración de la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico. *Decálogo sobre consentimiento informado*. Consejo General Colegios Oficiales de Médicos. Junio 2016. Madrid.

¹⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, publicado en el BOE el 15 de noviembre de 2002.

El objetivo del decálogo fue trasladar a los médicos asistenciales los puntos básicos que los médicos deben tener siempre presentes a la hora de informar y cumplimentar el deber de acreditar el consentimiento del paciente en la práctica clínica, cualquiera que sea el tipo de asistencia, en la búsqueda de una mejor actitud de los médicos que repercutirá sin género de dudas en un descenso de las denuncias por presunta imprudencia médica.

El decálogo, refrendado por la Asamblea General de Presidentes de Colegios Oficiales de Médicos de toda España, incluye desde los derechos y deberes fundamentales del médico y del paciente y a informar y a ser informado, así como la trascendencia legal y deontológica que ello conlleva, al modo correcto de llevarlo a la práctica, su contenido, su modo de realizarlo, verbal o escrito; los límites o excepciones y cómo debe hacerse el consentimiento por representación en los casos en los que el paciente no es capaz de tomar decisiones o son menores o incapaces.

A modo de resumen, se exponen a continuación los puntos básicos del mismo:

1.-Informar y ser informado son derechos y deberes fundamentales.

Los actos de informar y de ser informados son derechos y deberes fundamentales tanto para el paciente como para el médico. Ambos constituyen el eje de la relación médico-paciente y lo que exige una relación personal previa para conocer las necesidades y circunstancias del paciente. El médico debe asumir dichas actitudes no como un simple acto burocrático ni como una prueba documental que exige la ley sino como una parte esencial del acto médico.

2.-La información y el CI son de enorme trascendencia legal, según la ley 41/2002.

Informar, obtener el consentimiento del paciente y dejar constancia de ello en la historia clínica forman parte de la “lex artis” médica, tal y como reconoce la normativa legal, deontológica y reiterada jurisprudencia. Por ello, es una obligación inexcusable del médico proceder a realizar dichos procesos y su ausencia o incorrección generará responsabilidad deontológica, administrativa y legal cuando exista daño y el mismo pueda ser objetivado.

3.-Modo de informar y de obtener el consentimiento del paciente.

Trasladar la información al paciente y recabar el consentimiento del mismo deben ser asumidos directamente por el médico que realiza o, en su caso, el que indica el acto asistencial y se realizarán con la debida antelación para que el paciente pueda reflexionar. No es correcto entregar al paciente un documento de consentimiento informado estándar o genérico para que lo firme sin más, con la única finalidad de cubrir el trámite administrativo, porque ni el médico cumple con el paciente, ni se defiende de posibles reclamaciones.

4.-Carácter y contenido de la información previa al consentimiento.

En el documento de consentimiento informado no debe faltar la naturaleza y finalidad de cada intervención, sus posibles riesgos y consecuencias. La información será suficiente, verdadera y leal y no deberá inducir a alarmas, ni esperanzas injustificadas. De igual modo, se deberán trasladar las diferentes alternativas al acto asistencial. Se recomienda transmitir la información que sea adecuada para que se pueda tomar una decisión y, se aconseja incluir en el mismo que si surgen complicaciones, el centro sanitario o el médico en cuestión está preparado para responder ante ellas y el médico responsable nunca abandonará al paciente durante todo el proceso.

5.-Respeto a negarse a recibir información. Casos de gravedad o mal pronóstico.

El médico debe respetar también el derecho del paciente a no ser informado y si la información incluye datos de gravedad o mal pronóstico, el médico se deberá esforzar en saber si trasladar dicha información es necesario y, si así lo fuera, deberá hacerlo con suma delicadeza para evitar perjudicar en el menor grado posible al paciente.

6.-Forma de obtener el consentimiento del paciente: verbal o escrita.

Por norma general, el modo de obtener el consentimiento del paciente debe ser verbal, dejando siempre constancia de ello en la historia clínica. Se deberá hacer por escrito cuando el acto asistencia suponga un riesgo significativo para el paciente –intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores-, siguiendo todo lo que marca la Ley de autonomía del paciente.

7.-Límites o excepciones al consentimiento informado.

La obtención del consentimiento del paciente se puede obviar en caso de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de un enfermo del que no se pueda conseguir su autorización, aunque si es posible, se debe consultar a sus familiares o allegados.

8.-Consentimiento por representación.

El consentimiento por representación se solicitará al representante legal o a sus familiares o allegados, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones o si su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación; de igual modo, este tipo de consentimiento también será solicitado si el paciente tiene la capacidad modificada judicialmente (es decir, pacientes que se encuentran incapacitados tras sentencia judicial) o si el mismo es menor de edad y no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance del acto médico.

9.-Consentimiento en menores e incapaces.

En estos casos, el médico siempre debe tratar de informarles y contar con su opinión dependiendo de sus posibilidades con el objeto de que puedan participar y decidir en su proceso asistencial. Siempre debe ser considerada la madurez del menor y, en casos de gravedad, decidirán los padres o tutores. En este punto, el decálogo recuerda al médico que en la caso de pacientes menores de edad, se convierte en el garante de la defensa de los derechos de los menores, y deberá solicitar auxilio judicial siempre que vea en peligro sus derechos y que tiene obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias en salvaguarda de su vida o salud hasta que obtenga la resolución judicial correspondiente.

10.- Conclusión.

Cada caso clínico y cada paciente pueden plantear una situación distinta, por lo que el médico debe conocer la exigencia legal y aplicarla correctamente. Con criterio general, siempre prevalecerá la autonomía del paciente o lo que más y mejor favorezca sus intereses y, teniendo en cuenta de que cada paciente tiene sus peculiaridades, difícilmente su caso encajará en un documento de consentimiento informado estándar o genérico.

4. SECRETO MÉDICO.

Se entiende necesario realizar previamente una delimitación de determinados conceptos ligados al secreto médico, concretados en una Declaración de la Comisión Central de Deontología¹⁶:

- *Intimidad*: Lo más reservado de la persona, que siempre debe ser respetado.
- *Privacidad*: Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión (RAE).
- *Confidencialidad*: La confidencialidad es la condición por la cual algo compartido entre personas se mantendrá secreto y por tanto no será divulgado.
- *Secreto médico*: Compromiso que adquiere el médico, ante el paciente y la sociedad, de guardar silencio sobre toda información que llegue a conocer sobre el paciente en el curso de su actuación profesional. El secreto médico como “deber” viene ya recogido en el Juramento Hipocrático, pero no será hasta el siglo XVIII que dicho deber se corresponderá con el derecho de los pacientes a la confidencialidad, produciéndose un gran acercamiento entre la medicina y el derecho.
- *Confidente necesario*: todo aquel que queda justificado para conocer datos confidenciales de un paciente o usuario por ser su colaboración necesaria para asegurar la atención sanitaria.
- *Estado de necesidad*: Según el artículo 20.5 del Código Penal, “una persona actúa en estado de necesidad cuando para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra o infringe un deber siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”

Existe numerosa normativa legal que regula el secreto médico. Sirvan de referencia básica los siguientes textos legales.

- Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978. (BOE nº 311 de 29 de diciembre de 1978).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de fecha 14 de septiembre de 1882. (Modificaciones introducidas por Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, por Ley Orgánica 7/2002 de 5 de julio y por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE nº 239 del 6 de octubre de 2015).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986).
- Ley Orgánica 1/982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. (BOE nº 115, de 14 de mayo de 1982).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº

¹⁶ Declaración sobre el secreto profesional, defensa social y protección de riesgos laborales. Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Madrid, octubre, 2017. https://www.cgcom.es/noticias/2017/07/17_07_10_secreto_medico

274 de 15 de noviembre de 2002).

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. (BOE nº 280 de 22 de noviembre de 2003).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE nº 298 del 14 de diciembre de 1999).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE nº 281 del 24 de noviembre de 1995).
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. (BOE nº 102 de 29 de abril de 1986).
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. (BOE nº 269 de 10 de noviembre de 1995).
- Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2010).
- Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el Plazo para implantar las Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el R.D. 994/1999 de 11 de junio. (BOE nº 49 de 26 de febrero del 2000).
- Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica. Aprobado por la Asamblea General de la OMC el pasado 09 de julio de 2011.
- Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud.

Citar igualmente la Directiva Comunitaria 95/46, de 24 de octubre, defiende la confidencialidad de los datos sanitarios en la que, además de reafirmarse la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, en especial de su intimidad relativa a la información relacionada con su salud, se apunta la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente.

Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada. En esta línea, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 13 de febrero de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, después de afirmar que deben recogerse y procesarse con el consentimiento del afectado, indica que la información puede restringirse si así lo dispone una Ley y constituye una medida necesaria por razones de interés general.

El Juramento Hipocrático en relación al secreto médico establece: *“Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable”*.

Especial mención merece la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente en relación al derecho a la intimidad.

Art. 7. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Art. 7. 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

Revisaremos los aspectos deontológicos siguiendo el contenido del Código de Deontología actualmente vigente en su Capítulo V.

Artículo 27. 1.- El secreto médico es uno de los pilares en los que se fundamenta la relación médico-paciente, basada en la mutua confianza, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio profesional.

Destaca el papel que juega el secreto médico en la relación médico-paciente, basada ésta en la mutua confianza, por lo que si se infringe dicho pilar el acto médico estará en franco peligro.

Artículo 27.2.- El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica.

Refiere el contenido sobre el que debe versar el secreto médico.

Artículo 27. 3.- El hecho de ser médico no autoriza a conocer información confidencial de un paciente con el que no se tenga relación profesional.

Traslada al profesional que su condición de profesional de la medicina no le permite conocer datos de pacientes de los que no tiene ninguna relación profesional.

Artículo 27. 4.- En las instituciones sanitarias informatizadas los médicos directivos velarán por una clara separación entre la documentación clínica y la administrativa.

Artículo 28. 1.- El director médico de un centro o servicio sanitario velará por el establecimiento de los controles necesarios para que no se vulnere la intimidad y la confidencialidad de los pacientes ni la documentación referida a ellos.

Se impone la obligación de los Centros Sanitarios y de los Directivos de velar por la separación de datos administrativos de médicos y de realizar las medidas necesarias para asegurar que se cumpla el deber de secreto profesional..

Artículo 27. 5.- El médico no puede colaborar en ninguna base de datos sanitarios si no está garantizada la preservación de la confidencialidad de la información depositada en la misma.

Artículo 27. 6.- El médico podrá cooperar en estudios epidemiológicos, económicos, de gestión, etc., con la condición expresa de que la información en ellos utilizada no permita identificar ni directa ni indirectamente, a ningún paciente.

En estos artículos queda garantizada la preservación de la confidencialidad de los datos y que no se permita identificar de ningún modo a ningún paciente.

Artículo 27. 7.- El médico preservará en su ámbito social, laboral y familiar, la confidencialidad de los pacientes.

Extiende el deber del secreto profesional más allá del ámbito estrictamente profesional.

Artículo 28. 2.- El médico procurará que en la presentación pública de documentación médica en cualquier formato, no figure ningún dato que facilite la identificación del paciente.

Artículo 28. 3.- Está permitida la presentación de casos médicos que hayan sido fotografiados o filmados para fines docentes o de divulgación científica habiendo obtenido la autorización explícita para ello o conservando el anonimato.

Refiere el deber de secreto profesional cuando se utilicen datos con fines de presentación pública de datos, docencia, divulgación científica y traslada la obligación de obtener la correspondiente autorización.

Artículo 4.- Cuando se produzca algún problema de salud en personas de notoriedad pública el médico responsable de su asistencia o el designado específicamente para ello, podrá facilitar información haciendo constar la autorización de la persona afectada o responsable de la misma. Extremará en todo caso la prudencia en su labor informativa.

Alude a las condiciones que se deben cumplir cuando se revelen datos relativos a personas de notoriedad pública.

Artículo 5.- La muerte del paciente no exime al médico del deber de secreto profesional.

Recuerda al profesional que el secreto profesional debe seguir cumpliéndose a pesar de la muerte del paciente.

Artículo 29.1.- El médico debe exigir a sus colaboradores sanitarios y no sanitarios absoluta discreción y observancia escrupulosa del secreto profesional.

Artículo 29.2.- En el ejercicio de la medicina en equipo, cada médico tiene el deber y responsabilidad de preservar la confidencialidad del total de los datos conocidos del paciente.

Artículo 29.3.- El médico debe tener una justificación razonable para comunicar a otro médico información confidencial de sus pacientes.

Traslada en este artículo la obligación del deber de secreto profesional en la medicina en equipo, a quienes afecta, su contenido y la causa que permite revelar la información confidencial.

En el siguiente artículo se establecen aquellas causas que permiten revelar el secreto médico. Mención especial merece el apartado c) en el que se hace referencia a la posibilidad de que con el silencio del profesional se produzca algún daño en pacientes o en otras personas. En tales casos, deberá ser valorada la magnitud del daño, la probabilidad de que el mismo se produzca y una adecuada valoración del riesgo final existente.

Artículo 30

1.- *El secreto profesional debe ser la regla. No obstante, el médico podrá revelar el secreto exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, en los siguientes casos:*

- a. *En las enfermedades de declaración obligatoria.*
- b. *En las certificaciones de nacimiento y defunción.*
- c. *Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo.*
- d. *Cuando se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente y éste permita tal situación.*
- e. *En caso de malos tratos, especialmente a niños, ancianos y discapacitados psíquicos o actos de agresión sexual.*
- f. *Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria.*
- g. *Aunque el paciente lo autorice, el médico procurara siempre mantener el secreto por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencialidad profesional.*
- h. *Por imperativo legal:*
 1. *En el parte de lesiones, que todo médico viene obligado a enviar al juez cuando asiste a un lesionado.*
 2. *Cuando actúe como perito, inspector, médico forense, juez instructor o similar.*
 3. *Ante el requerimiento en un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto profesional y procurará aportar exclusivamente los datos necesarios y ajustados al caso concreto.*

Finalmente se hace alusión a la actuación médica en el ámbito de la medicina laboral.

Artículo 31

1.- *Los resultados de los exámenes médicos exigidos por la ley, deben ser explicados a la persona reconocida. Sólo se informará a la empresa o institución pertinente respecto de la aptitud laboral o de las limitaciones o riesgos para la asignación del trabajo.*

2.- *Los resultados de los exámenes practicados en el marco de la vigilancia de la salud se comunicarán exclusivamente a la persona afectada. No obstante, el médico de un centro de medicina preventiva o de medicina del trabajo debe transmitir cualquier resultado que sea útil para el paciente, con su consentimiento, a su médico responsable.*

Para finalizar con este capítulo trasladaremos las interesantes conclusiones de la Tesis Doctoral realizada por la Dra. Cristina Beltrán Aroca¹⁷, Profesora del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Córdoba, que versó sobre las “Debilidades de la Guarda del Secreto Profesional en la Práctica Clínica Diaria”. Dicho trabajo de investigación se basó en un estudio observacional realizado durante prácticas clínicas de estudiantes de medicina de últimos cursos, realizadas en un Hospital de tercer nivel, contando con 99 observadores participantes, 37 Unidades de Gestión Clínica y 33157 horas de observación. Entre las principales conclusiones destacan las siguientes:

¹⁷ <http://www.medicosypacientes.com/opinion/dr-eloy-girela-debilidades-en-la-guarda-del-secreto-profesional-medico-en-la-practica>

1. La ruptura de la confidencialidad de los pacientes, continúa siendo uno de los principales problemas deontológicos que encontramos en la práctica clínica diaria, con un índice de frecuentación global de una incidencia cada 62,5 horas.

2. Se ha demostrado que todo el personal sanitario se encuentra implicado en la ruptura de la confidencialidad, en nuestro estudio especialmente los facultativos (51,4%), debido en parte a que los observadores eran estudiantes tutorizados por los mismos, y a su función principal como responsables de la información clínica de los pacientes.

3. El tipo de incidencias observadas de forma más frecuente, implica la consulta o revelación de datos clínicos o personales por parte del profesional a personas ajenas a la asistencia y al propio paciente (54,6%), lo cual supone una situación real de divulgación de los datos, ocurriendo este fenómeno principalmente en las zonas comunes del propio centro (37,9%).

4. Según nuestra clasificación, el mayor número de incidencias observadas son graves (46,7%), aunque no resulta despreciable el número de aquellas cometidas de forma reiterada (9,5%), lo cual pone de manifiesto una falta de cuidado, en la mayoría de los casos por desconocimiento y de forma no intencionada, respecto a ciertas conductas que ponen en peligro la confidencialidad de los pacientes.

5. La importancia del fenómeno radica en las consecuencias que conlleva esta ruptura de la confidencialidad, tanto desde el punto de vista legal como deontológico, en la relación asistencial con el paciente. La incertidumbre de no conocer el tratamiento que puede tener información tan íntima, se puede traducir en una falta de confianza hacia el profesional, y en última instancia hacia el sistema sanitario.

6. Los resultados obtenidos hacen aconsejable seguir una serie de recomendaciones, relacionadas con aspectos que dependen de la organización o infraestructura del hospital, con la imprescindible formación médica, incluido pregrado, e incidiendo especialmente en actitudes que fomenten un mayor cuidado y atención en el manejo de la información clínica.

5. REFLEXIONES ÉTICAS SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL MÉDICO FORENSE.

Primera.- El médico forense debe conocer y valorar en grado sumo la responsabilidad que tiene en el ejercicio de sus funciones. Informa en su condición de perito sobre extremos desconocidos por las partes y por el Tribunal, y su condición de perito judicial, al que se le presume “absoluta” neutralidad, le otorga un plus de responsabilidad, siendo en muchas ocasiones su informe la piedra angular del juicio, lo que le debe empujar a extremar su actuación con el máximo rigor científico.

Segunda.- Resulta esencial en la actividad médico forense saber enfocar de modo correcto la pericia. Debemos conocer el ámbito del derecho en el que nos movemos para conocer con corrección los derechos y deberes de partes y peritos en el procedimiento judicial. Resulta igualmente esencial conocer lo solicitado por la autoridad judicial para proceder a realizar las actuaciones periciales oportunas destinadas a emitir las conclusiones únicamente sobre los extremos solicitados. Es un error excederse en emitir informe sobre extremos sobre los que no han sido solicitados al perito.

Tercera.- El informe médico forense debe tener el mejor fundamento científico posible, y es que éste es el parámetro que otorga mayor peso en la valoración de un informe pericial por parte de un Tribunal. Solamente tras una formación profesional actualizada apoyada en una revisión bibliográfica profunda y actualizada del caso concreto, se estará en condiciones de afrontar la defensa de una pericia ante el Tribunal que lo haya requerido.

Es por ello, que se aconseja que en el apartado de la metodología pericial del informe médico forense, cuando se hayan utilizado protocolos o guías de actuación o se haya revisado bibliografía médica, sea citada dicha documentación de modo concreto, dado que aporta seguridad tanto a las partes como al Tribunal.

Cuarta.- La valoración de la pericial, según la normativa legal vigente y según reiterada jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, se valora con sana crítica. Así, el artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸, señala que “*el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*”. El médico forense debe recordar que nunca se debe apartar de aquellas cualidades que siempre deben acompañar al buen perito: el equilibrio, la minuciosidad, la autocritica y la prudencia. Nunca se debe dejar arrastrar por sus intuiciones sin comprobaciones exhaustivas. Destacan entre sus principales errores el afán de notoriedad, la vanidad o el orgullo. Trasladar asimismo que un perito médico-legal nunca se debe convertir en juez, sino mantenerse en su función pericial, con el máximo rigor posible, y exponerla con claridad, detalle y objetividad.

Quinta.- Un asunto especialmente conflictivo es la suficiencia técnica y el grado de especialización que debe poseer el perito médico forense a la hora de realizar una pericia, especialmente cuando éstas versan sobre la valoración de una presunta imprudencia médica.

El Código de Deontología Médica actualmente vigente es muy claro al respecto. El artículo 62.4 establece que “*El médico no debe aceptar una pericia médica para la que no tiene capacitación profesional*”.

En las pericias sobre presunta mala praxis médica una de las cuestiones más discutidas en los Tribunales es la suficiencia técnica y el grado de especialización que debe poseer el perito médico, con diversidad de opiniones tanto en expertos como en la jurisprudencia. Existen teorías que se inclinan por médicos forenses o especialistas en Medicina Legal y Forense; otros por especialistas en el acto concreto; y los menos, porque solo deben tener la condición de médico.

¹⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicado en BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000.

Cuando versa sobre materia médica dependerá de los conocimientos del médico forense en cuestión sobre el área médica peritada. Así como sobre la complejidad del acto médico. Se aconseja el auxilio de especialistas médicos cuando las circunstancias del caso concreto lo precisen, dejando constancia de ello en el informe pericial.

Ahora bien, cuando las pericias solicitadas a los médicos forenses versen sobre odontología, psicología, fisioterapia, kinesiterapia, podología, enfermería, u otras áreas sanitarias que escapen a las competencias del grado de Medicina, se entiende que un médico forense carece de competencia profesional para emitir dichos informes y realizar esas pericias sin conocimientos sería cometer una imprudencia profesional. En tales casos, se entiende trasladar al Tribunal que se carece de capacitación profesional y que la misma debería ser realizada por un perito de la profesión correspondiente. Si fuera obligado a la emisión de dicha pericia, se entiende que podría acogerse a la objeción de ciencia contemplada en nuestro Código de Deontología (artículo 33.2).

Sexta.- Por otro lado, una de las cuestiones esenciales para un médico forense es la defensa del informe en un juicio oral. Para exponer las cualidades que debe poseer un perito sobre su intervención en un juicio seguiremos las recomendaciones establecidas en el artículo publicado por Palomo Rando y cols¹⁹. Entre ellas podemos citar:

Preparación. Revisión de los hechos y su secuencia, las fechas, el procedimiento, la bibliografía y cualquier otro dato relativo al caso. Considerar la posibilidad de determinadas preguntas y preparar las respuestas, siendo aconsejable llevar al juicio la documentación e informes por si existiera la necesidad de ser consultados.

Veracidad. Decir siempre la verdad admitiendo que sometió a reflexión y discusión sus conclusiones.

Imparcialidad. El perito debe ser neutral, debe trasladar una opinión objetiva e imparcial, alejándose de mostrarse como adversario de ninguna de las partes.

Precisión. Debe asegurarse de entender la pregunta, y si no lo hizo, solicitar que la reformulen. Debe limitar la respuesta estrictamente a la pregunta formulada, después deje de hablar. No se deben dar informaciones ni respuestas no pedidas, asegurándose de que las respuestas responden a lo preguntado.

Prudencia y discreción. Si no conoce la respuesta, no se deben hacer conjeturas. Si no tiene seguridad debe trasladar que lo desconoce o que no lo recuerda.

Debe estar alerta ante intentos de manipulación o presión hacia un estrecho margen de probabilidades.

Credibilidad. Un perito nunca debe mostrarse engreído, autosuficiente o dogmático. Permanezca serio antes, durante y después de la declaración.

Autocontrol. Se debe contestar sin apasionamiento, con calma, discrepando con firmeza y reiteradamente, si es necesario. Siempre debe imperar la educación.

Impasible y reservado. No se debe contestar demasiado pronto, dejar pasar unos segundos o esperar la orden del juez. Debe mirar a los miembros del tribunal, el contacto

¹⁹ Palomo Rando, JL., Santos Amaya, IM., Ramos Medina, V. y Ortiz-Colom PM. *El médico en el estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los tribunales*. Med Clin (Barc). 2008; 130(14):536-41.

visual directo es fundamental para la percepción de honradez, pero no la mirada fija ni penetrante, que incomoda. Debe permanecer en silencio si los abogados objetan durante su declaración.

Estilo. Se debe hablar lentamente, con naturalidad, en voz clara y alta. En la medida de lo posible se debe evitar el uso de términos técnicos sin traducción. Se debe contestar verbalmente evitando responder con lenguaje corporal, como asintiendo o gesticulando con la cabeza. Tras atender al abogado o fiscal mientras le formulas la pregunta, debe dirigir su atención al jurado o tribunal a la hora de responder.

Séptima.- Una cuestión que debe extremar el perito médico forense es el tiempo de emisión de la pericia solicitada. Es conocida, y verdadera a juicio de este ponente, que la justicia cuando es lenta no es justicia. Especialmente cuando tras la emisión de un informe forense se deciden medidas que cuestionan derechos fundamentales. Informes que cuestionen la procedencia o no de privación de libertad, la guarda y custodia de unos hijos, medidas de alejamiento, lugar de residencia, etc, no deberían exceder del tiempo preciso, de modo prudencial, para la elaboración del informe concreto. Una demora excesiva en el tiempo de emisión del informe sin causa debidamente justificada ha sido ya sancionada en algunas resoluciones judiciales. Por tanto, todos los informes médico forenses deben ser emitidos sin prisa, pero sin demora excesiva que pudieran suponer la lesión de derechos de algunas de las partes, considerando que en tal caso los peritos se ven expuestos a sanciones administrativas o judiciales.

Octava.- El informe pericial debe ser claro y aportar conclusiones que ilustren de modo eficaz al Tribunal. La pericia debe informar sobre los hechos acontecidos de forma amplia, veraz, objetiva, rigurosa y con profundidad técnica, que permita una resolución lo más justa posible fundamentada en una base científica y fiable. Se debe finalizar con unas conclusiones suficientemente claras, que permitan auxiliar de modo práctico al Tribunal, sin crear confusión en el mismo. La función pericial no es una función investigadora, debe servir para auxiliar de modo eficaz al Tribunal en la resolución del caso.

Novena,. Recordar que el médico forense como cualquier médico, y resto de profesionales, no está exento en la comisión de errores de cualquier tipo durante el ejercicio de su actividad profesional. En tales casos, deberá tener siempre presente el contenido del artículo 17.1 del Código de Deontología actualmente vigente: *“El médico deberá asumir las consecuencias negativas de sus actuaciones y errores, ofreciendo una explicación clara, honrada, constructiva y adecuada”*.