

TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Elena Martínez Zaporta
Abogada
Master en Derecho Sanitario

Índice: I. Introducción. II. Riesgos de la Actividad Asistencial y Telemedicina. III. La Administración Electrónica y la Responsabilidad por los Riesgos de Gestión. IV. El Acto Médico y Telemedicina. V. Sociedad de la Información y Telemedicina: excursio. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Se crea el “Sistema integral de Telemedicina”¹ en Andalucía en el año 1989, siendo una de las Co-

1 En <http://www.epes.es/herramientas/Noticias/lstContenidos.asp?i=0&c=29&up=1&a=1&uh=3la> la Fundación EPES anuncia que la Consejería de salud y las diputaciones provinciales andaluzas han firmado un protocolo de colaboración para impulsar la Telemedicina, al cual se refieren así: “Este Proyecto de la Consejería de Salud comenzó a implantarse como experiencia piloto en el año 2000, y actualmente 41 centros de las provincias de Almería, Jaén y Málaga cuentan con equipos de telemedicina. El Sistema Integral de Telemedicina de Andalucía permite, a través de la transmisión de información e imágenes en tiempo real, que los ciudadanos de las áreas rurales puedan ser diagnosticados y tratados en su propia localidad por los profesionales de los hospitales de referencia en aquellas patologías que no pueden ser abordadas en sus respectivos centros de salud, ya sea por su complejidad o por la necesidad de atención a través de una determinada especialización.

Esta atención en tiempo real se realiza a través de una red que comunica audiovisualmente los distintos centros, y que permite la transferencia de imágenes y el envío de señales electrocardiográficas entre los centros de salud, los hospitales comarcales y los hospitales regionales. Un centro integral de comunicaciones en telemedicina se encarga de coordinar todo el proceso sanitario. El sistema de transmisión de imágenes permite que los facultativos de los centros de salud más alejados de los hospitales comarcales de referencia puedan consultar con los especialistas hospitalarios las imágenes radiológicas, TAC y ecográficas de sus pacientes, tanto en una consulta de urgencia como a través de una consulta programada. Estas imágenes se envían con un conjunto mínimo de datos sobre el paciente y el motivo de la consulta”. {Esta URL ha tenido acceso el 1/07/2007}.

munidades pioneras en su implantación. Ello se adelanta a la publicación del *Plan de Telemedicina del Insalud* que data de enero de 2000² por el que se pretende una absorción progresiva de las Nuevas Tecnologías en el servicio público de sanidad, que ha de servir a la atención de los pacientes y para el trabajo de quienes les atienden, debiendo cumplirse en su ejecución los criterios normativos de eficacia, eficiencia y calidad de la prestación sanitaria. No obstante, a lo largo del siglo pasado no era raro que la radiofonía o el teléfono estuvieran implicados en intervenciones a distancia, comúnmente practicadas en barcos u otros lugares donde la asistencia no podía lograrse presencialmente³. Continúa hoy esta

2 Se puede descargar éste de la página del Ministerio de Sanidad y Consumo:

<http://www.ingesa.msc.es/estadEstudios/documPublica/pdf/telemedicina.pdf> {URL con acceso el 1/07/2007}. Está elaborado por la Dirección General y Organización y Planificación Sanitaria y la Subdirección General de Informática ambas del INSALUD, y la Subdirección General de Sistemas y Tecnologías de la Información del Ministerio de Sanidad y Consumo. Recuérdese que mediante el RD 840/22002, de 2 de agosto, se extingue el INSALUD y se crea el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

3 PALAU, E., “Telemedicina: un intento de aproximación desde la gestión sanitaria.” Revista española de Administración Sanitaria. Vol.

puesta en escena mediante propuestas como la del portal “eSalud”, que aúna iniciativas nacionales y europeas, siendo ello recogido por la Organización Colegial Médica Europea⁴, y promovido y estudiado por diversas instancias surgidas en el ámbito de la Administración⁵ y fuera de ella.

Todos estos cambios están calando de forma muy desigual en sus destinatarios⁶, pues no sólo muy pocos saben qué es lo que se avecina, y porque la ciencia jurídica, una vez más, va con retraso respecto a la previsión de los problemas que pueden surgir⁷. Quiere esto decir que, la inmensa mayoría

V, nº 19, año 2001, p. 428: “En sus inicios el término *Telemedicina* se utiliza en la denominación de una serie de prácticas o proyectos de utilización de las comunicaciones para intentar llevar la asistencia sanitaria a lugares donde el sistema tradicional no llegaba o lo hacía deficientemente, asociando el concepto a la “*medicina practicada a distancia*” como fórmula para superar barreras geográficas; así se tienen referencias del uso de sistemas de radiotelegrafía, en las primeras décadas del siglo XX, para la asistencia a tripulantes de barcos en alta mar, y, más adelante en los años cincuenta y sesenta se producen las experiencias de transmisión de electrocardiogramas y otros parámetros fisiológicos”. Para seguir la cronología de estos hitos, puede hacerse en el portal vertical <http://www.itelemedicina.com> {URL con acceso el 01/07/2007} que se inicia en 2004, conteniéndose en su web (pulsando sobre la pestaña *itelemedicina*) la siguiente información: “*itelemedicina.com* quiere colaborar en el impulso a la Telemedicina y propiciar su introducción ordenada y uso apropiado. Pretendemos facilitar la difusión de su conocimiento, seleccionando y estructurando los mejores contenidos de información disponibles en la red. Además, procuraremos incluir documentos, informaciones y servicios que se consideren de interés, ya sean de elaboración propia ó de otro origen (que será siempre convenientemente identificado). *itelemedicina.com* es un proyecto personal de Enrique Palau Beato, Doctor en Medicina, Especialista en Medicina Interna y Master en Alta Dirección de Organizaciones Sanitarias”.

⁴ Vid. <http://www.cgcom.org>, en su apartado Internacional pueden leerse las Directrices que la Asociación Médica Europea elabora entorno a la propuesta telemédica. Ello se encuentra publicado en el diario Europa al Día, boletín nº 96 del año 2003. El enlace directo es la http://www.cgcom.org/internacional/europa_dia/2003/pdf/boletin_96_tel_emedicina.htm. {Con acceso a dicha URL el 01/07/2007}.

⁵ Una muestra de ello se encuentra en los contenidos de la Revista eSalud –que es on-line-, siendo sus artículos pluridisciplinares (www.revistaesalud.com), o en el portal www.redtelemedicina.retics.net, que es de actualización mensual, y en la que se exponen los avances sobre los resultados de los investigadores pertenecientes a 13 Comunidades Autónomas, y en la que se cuelgan periódicamente ofertas formativas específicamente dedicadas a desarrollar esta práctica {URL con acceso el 28-07-2007}.

⁶ Profesionales sanitarios, estructuras públicas y pacientes.

⁷ DE LORENZO Y MONTERO, R. Telemedicina y Derecho. www.medynet.com/elmedico/documentos/anuario01/62-68.pdf {URL con acceso el 28-07-2007}. Hoy la versión actualizada de esta revista electrónica es el diario El médico interactivo. Este abogado en el año 2001 –Anuario 2001 al que pertenece este artículo-, preconiza que debería contemplarse una progresiva adaptación de la ley para resolver controversias en la nueva relación médico-paciente que, era de aventurar, que fuera a experimentar cierta transformación.

de las fuentes que nos va a dar a conocer esta disciplina se concentran, bien en relatar rigurosas previsiones técnicas, bien en dirigir recomendaciones más o menos formalistas al profesional, para introducirla progresivamente en los Centros adscritos al Sistema Nacional de Salud, descuidándose por el momento los aspectos legales. A fin de llegar a interceptar estas lagunas, hemos de partir de una sucinta exposición del panorama previo al que nos enfrentamos:

- En primer lugar encontramos un concepto poco claro y bastante contaminado de lo que debe entenderse por “Telemedicina”⁸. Su literalidad sugiere que estamos hablando de alguna clase de tecnología aplicada a la medicina. Realmente el término literalmente concebido sólo significa que se ejercerá la medicina en particular y los servicios sanitarios en general mediante el uso de las TICs. Por lo que aunque explica la tecnificación de ciertas herramientas no supone un avance tecnológico más. Esta primera aproximación, por tanto, nos indica que las creaciones científicas tales como un acelerador de electrones en su día, o los modernos aparatos que administran la radioterapia, o los que se centran en el diagnóstico precoz de algunas enfermedades, no entran dentro de nuestro campo de estudio. Ello entra de lleno en el terreno de las invenciones, las patentes y, en sede de responsabilidad, y aunque entre en conexión con otros elementos que sean comunes a este trabajo, sean de origen personal o administrativo⁹, en el tratamiento del riesgo tecnológico o de desarrollo. La telemedicina en un sentido lato consiste en toda

⁸ Y ello pese al esfuerzo de las organizaciones sanitarias, pues no en vano la han definido: la OMS, la Organización Médica Internacional, y varias entidades y asociaciones extranjeras sobre todo norteamericanas. Naturalmente también ha existido una importante aportación patria que encontramos en el Plan de Telemedicina creado por el INSALUD, que pasamos a transcribir: “Es la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones como un medio de proveer servicios médicos, independientemente de la localización de los que ofrecen el servicio y de los pacientes que lo reciben, y el intercambio de la información necesaria para la actividad asistencial”. Vid. p.p.17 y ss de dicho Documento. Para leer el resto de definiciones pueden acudir al portal: www.itelemedicina.com.

⁹ No puede olvidarse que el Derecho Sanitario es por naturaleza multidisciplinar, por lo que el análisis de la conducta de los Agentes implicados, así como de los resultados lesivos no pueden contemplarse desde una única rama del ordenamiento jurídico. Tampoco el Riesgo de Desarrollo está ausente en el derecho administrativo: basta con leer el art. 144.1 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común, si bien creemos, que no va a poder recurrirse a él con el fallo del uso de las TICs.

clase de comunicaciones realizadas a distancia por medio incluso del teléfono –sea fijo o móvil-, pasando por los recursos que pone a disposición Internet –videokonferencias, correo electrónico, redes adaptadas entre consultas o Centros de Salud-, llegando hasta las transmisiones vía satélite, con motivo de una prestación de servicios sanitaria¹⁰.

- En una segunda aproximación es necesario complementar esta definición descriptiva y hacerla más compleja. En los albores, una comprensión sencilla de la Telemedicina es suficiente pues lleva a concluir que se trata de un instrumento de trabajo más al servicio del sanitario. De hecho no puede negarse su valor para resolver situaciones de urgencia –una llamada telefónica cuando el enfermo no se puede desplazar marcando el 061 ó el 112-, o para prestar asistencia en lugares aislados en los que no pueden contar con determinados profesionales –ejemplos en los que sólo se puede acudir a un solo facultativo que no es especialista, y además se encuentra aislado en su quehacer diario-. Así, comienza aceptándose como un remedio únicamente subsidiario ante determinadas circunstancias que impiden o hacen imposible prestar la asistencia debida presencialmente. Y ello con cobertura limitada a supuestos relacionados con la Atención Primaria y/o derivación a especialistas en zonas rurales, y a las citadas situaciones urgentes. Unos cuatro años más tarde los recursos telemédicos llegan a las especialidades haciéndose uso de los mismos para Dermatología, Radiología y Geriátrica, principalmente¹¹. Habiéndose popularizado y normado ya sobre el uso del teléfono (vid. Anexo IV del RD 1030/2006, de fijación de la cartera de servicios estatal: apartados 1 y 2.1 dedicados a la Atención Telefónica en la Prestación de Urgencias), el verdadero reto en la actualidad, está en cómo

en cómo favorecer y procurar la incorporación de Internet en la Administración sanitaria, donde adquiere un especial protagonismo la preocupación de la confidencialidad en la transmisión de datos: se realice ésta en tiempo real o por su retención o su digitalización.

El conocimiento de los usuarios se circunscribe a la obtención de su tarjeta sanitaria digital y a lo que se cuenta sobre ello en los periódicos o en las televisiones, en los que se anuncia a bombo y platillo, por ejemplo, el empleo de estos medios para la vigilancia de enfermos crónicos o de personas mayores con patologías degenerativas. Pero a lo que aboca definitivamente la Telemedicina es a constituirse como una técnica para la organización del trabajo, lo que impacta de lleno en los modos de gestión hospitalarios¹². No sólo en lo tocante a las provisiones de aparatología, o para el diseño e instalación de intranets. Uno de los más afectados será el departamento de Recursos Humanos, no sólo en cuanto a la toma de decisiones de contratación o distribución del personal o sobre cómo llevarlo a cabo demandando nuevos Protocolos, sino también en la formación que habrán de recibir Médicos y Enfermeros –aunque sobre todo los primeros- que serán los que asumirán la ulterior responsabilidad de haber recurrido al procedimiento telemédico. Así esencialmente deberán ser abordados:

1. La previsible contratación de informáticos y otros ingenieros en los Hospitales, que puedan solventar cualquier contingencia que se presente en relación con la informática y sus equipos (piénsese en lo delicado de que no se pierda la comunicación durante una intervención a distancia en quirófano)¹³.

¹⁰ No se pierda de vista que aunque en sus inicios –oficialmente si se quiere, en palabras del propio INSALUD- se reconoce la amplitud de la expresión, y aunque hoy día las Comunidades Autónomas han hecho importantes aportaciones, sigue sin enunciarse un perfil más concreto.

¹¹ PALAU, E. Op. cit. p. 431. El autor destaca su utilidad como elemento para el Diagnóstico, hablando literalmente de “Teleconsulta” y/o “Telediagnóstico”, como instrumento integrador entre los niveles de asistencia primaria y la especializada. Ello le permite acuñar el término “diagnóstico cooperativo”. Entre las Especialidades que cita como usuarias de estos servicios, además de las ya reseñadas, destaca: Radiodiagnóstico, Cardiología, Psiquiatría, Anatomía Patológica y Otorrinolaringología.

¹² Vid. p. 18 del Plan Nacional de Telemedicina elaborado por el INSALUD, y a la explicación de PALAU, E. Op. cit. p. 438: “Es necesario enfatizar el sustrato organizativo que comporta la práctica de estos procedimientos; no hablamos por tanto, de telemedicina como tecnología, sino de telemedicina como una nueva forma de organizar recursos, procesos, protocolos y de practicar la atención sanitaria (...)”.

¹³ El Decreto 9/2005, de 25 de enero de 2005, publicado en el Diario Oficial de Castilla la Mancha núm. 20 el 28/01/2005, crea las categorías de: a) Técnicos Superiores de Sistemas y Tecnologías de la Información, b) Técnicos de Gestión de Sistemas y Tecnologías de la Información, y, c) Técnicos Especialistas en Sistemas y Tecnologías de la Información en el ámbito del Servicio de Salud de esta Comunidad (SESCAM), que es complementado posteriormente por la Orden de la

2. La adquisición de los programas y tecnología precisa para llevar a cabo las interconsultas, manejar datos de los pacientes electrónicamente o por vía telemática, lo que al mismo tiempo supone la correcta confección de la partida presupuestaria de costes dedicado a ello ¹⁴.
3. Asumir una planificación de reciclaje para los que no tengan costumbre de utilizar estos modos, así como asegurarse que los nuevos contratados cuentan con el nivel teórico-práctico requerido para acceder a la telemedicina.
4. Programar la interacción de unos con otros, tanto en la división horizontal como vertical del trabajo, a fin de que no se produzcan descoordinaciones no queridas y se pueda garantizar el uso habitual y efectivo de los medios que se introducen.

Aunque es patente esta afectación a la organización y al modo de ejercer el trabajo de los sanitarios, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, no contiene en su articulado una referencia explícita al uso de las TICs. Su previsión, por tanto, habrá de hacerse a través de los planes y programas de gestión de cada Comunidad Autónoma, lo que, en nuestra

opinión, podría resultar insuficiente en razón de las numerosas dudas que esta cuestión está haciendo surgir, tales como:

1. Qué va a ocurrir con la Protección de Datos Personales en relación con el Derecho a la Intimidad de los Pacientes. En el ejercicio de cualquiera de las competencias de la Administración es consustancial a ella el manejo de “material informático sensible” perteneciente a sus administrados. De ahí que las redes a través de las que preste sus servicios a los ciudadanos, han de estar especialmente reforzadas para imposibilitar el acceso de personas distintas a sus titulares, o terceros a los que esta ley no se lo permite.
2. Cómo van a influir estas prácticas en la elaboración y en el tratamiento jurídico de la Historia Clínica. Ésta constituye el principal documento que conforma la relación entre médicos y pacientes, y no sólo para conocer el tratamiento a dispensar, sino también para colegir si el conjunto de la actuación sanitaria estuvo conforme a la *lex artis ad hoc* (=en ese caso concreto que describe la Historia). Se prevé que aparezcan problemas en cuanto a la determinación de la responsabilidad del “médico colaborador” en la distancia. Será necesario establecer los cauces o protocolos a través de los que plasmar su aportación obligatoria en cuanto al concreto servicio que se haya prestado. También se vislumbran discusiones en cuanto a los derechos de autor de esa documentación.
3. Qué normativa va a ser la aplicable tanto a la actividad electrónica del SNS y como a la Telemedicina en las Clínicas y Hospitales Privados. Nada obsta a que los centros de salud privados puedan realizar las mismas labores que los públicos. En materia de comunicaciones y prestaciones electrónicas únicamente tenemos la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, que excluye en su dictado a la Administración Pública, no habiéndose regulado hasta la fecha el particular. En prin-

Consejería de Sanidad de 08/09/2005, dice en su Exposición de Motivos: “Desde la publicación de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, la atención sanitaria prestada en las instituciones sanitarias ha experimentado una gran complejidad, tanto en el número de personas atendidas como en la calidad de la asistencia, con una mejora progresiva de la misma. Ello demanda unas estructuras sanitarias adecuadas y adaptadas a las necesidades del momento; lo que implica la utilización de nuevas técnicas de gestión, que necesariamente han de basarse en el tratamiento automatizado de la información que entre otras actividades comprende la administración y gestión de los sistemas informáticos y las telecomunicaciones, el soporte técnico a los usuarios, la seguridad informática, la implantación y extensión de las Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones (TICs), la investigación y desarrollo de las técnicas informáticas en el entorno sanitario así como la implantación, pruebas y mantenimiento de las aplicaciones informáticas; tareas todas ellas que poseen sustantividad propia y que han de ser desarrolladas por personal no sanitario técnicamente capacitado (...)”.

14 Evidentemente y aunque los aparatos que se utilicen (ordenadores, web-cams, escáner), puedan ser como los de uso doméstico, los programas y la creación de las intranets, tendrán que ser específicos para el ámbito sanitario, y sus contenidos y funcionamiento se habrán de divulgar para las personas que accedan a puestos de trabajo mediante oposición.

cipio es lógico concluir que los agentes de salud privados deberían acercarse a ésta y complementarla con las garantías que recoge la legislación sectorial sobre salud. No obstante, y por las características intrínsecas de esta materia, el maridaje resultante podría no ser lo suficientemente satisfactorio, al tener que aprovecharse las posibilidades de esa ley de manera un tanto forzada.

4. Cuál será la relación entre la Telemedicina y la Deontología. Aunque seguirá primando la labor presencial frente a la solicitada a distancia, las entidades Colegiales están afinando ya alguno de sus postulados deontológicos para guiar el proceder de sus colegiados cuando éstos tomen la opción telemédica. Y ello en cualquiera de las fases en que tradicionalmente se divide el acto médico: diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación.

Dicho esto, nuestro propósito en este estudio, es el de aventurar unas líneas maestras breves que nos permitan conocer si la Telemedicina tendrá alguna trascendencia en la configuración de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria, vinculando aquélla al ejercicio de la profesión del Médico fundamentalmente. Procurando, sin embargo, hacer una apuesta positiva: al mismo tiempo que se espera que la Sociedad de la Información dote de calidad y eficiencia al SNS, le sirva para acortar los plazos de las Listas de Espera, facilitar la petición de citas, prestar asistencia en puntos y lugares geográficos donde antes era impensable o dotar a sus empleados de mayores conocimientos; pueda encontrarse un punto de inflexión a partir del cual disminuya en número de reclamaciones, o si por el contrario nos encontraremos con otras distintas, y dónde debe quedar encuadrado *el funcionamiento fallido*¹⁵ en caso de que se presente.

15 MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (Organización, imputación y causalidad)*. Civitas, Madrid, 2000, p. 248. Es una expresión creada por el autor, que de este modo pretende condensar el significado de la expresión constitucional "funcionamiento normal o anormal" del servicio público que ha causado un daño indemnizable, si bien dedicado a la Administración Sanitaria.

II. RIESGOS DE LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL Y TELEMEDICINA.

Lo que supone identificar los "puntos flacos" de esta propuesta sobre los que deberá recaer mayor atención a la hora de utilizar estas técnicas.

Los arts. 106.2 CE y 139 y ss de la Ley 30/1992 –con las modificaciones sufridas por la Ley 4/1999- de Procedimiento Administrativo Común –en adelante LPAC-, configuran el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración cuando se les ha infligido un daño por el uso de sus servicios, aunque éstos hayan funcionado normalmente, salvo los supuestos de fuerza mayor y en los que se aprecie "riesgo de desarrollo" del art. 141.1 LPC¹⁶.

Pero al referirnos al servicio de Salud frente a otros de titularidad pública, no podemos sustraernos a las especificidades del mismo. Dicho de otra manera, no se puede olvidar que el cómo, cuándo y dónde depende en gran medida de los profesionales que dan vida al entramado sanitario: precisamente el criterio de actuación de éstos conforme a la *Lex Artis* es esencial para explicar el nexo causal y la realización del riesgo en el resultado dañoso, e imputar la responsabilidad patrimonial. Por ello, es evidente que un alto porcentaje tanto de la labor médica en sí, como de la organizativa, está concentrada en la evitación de sucesos de los que pueda surgir respuesta indemnizatoria, y que existe una estrecha relación entre ambas: art. 6.2 del Código de Deontología y Ética Médicas, obliga a los médicos a velar porque en el sistema sanitario se den los requisitos de calidad, suficiencia asistencial y mantenimiento de los principios éticos, incluso obligándoles a denunciar las carencias que aprecien en ese sistema (de instrumental, medios, personal, etc). Por ello y a los fines de localizar el enclave del riesgo telemédico, resulta

16 Consecuencia de no haber configurado en nuestra introducción la Telemedicina como una tecnología, es que si un resultado dañoso se produce con ocasión de su uso, no podría alegarse por la Administración esta causa de exoneración, que en ocasiones se puede presentar en los consentimientos informados u otros, a modo de "cláusula de progreso", según es descrita por el Prof. PRIETO MOLINERO cuando se aduce a ella expresamente en documentos contractuales (PRIETO MOLINERO, R., *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de responsabilidad por productos*, p. 294 y ss. Dykinson, 2005). En el mismo sentido, p. 150 de GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*.

adecuado hacer una puntual clasificación de los “riesgos clásicos” que dividiremos en dos grupos ¹⁷:

A: Riesgos típicos de la organización administrativa sanitaria ¹⁸ :

- a. Riesgos inherentes al servicio: esto es, será diferente que el siniestro ocurra durante la prestación de Urgencias, o de la Atención Primaria o en la Especializada.
- b. Riesgos inherentes a la cualificación del personal: si se trata de un profesional especialista, o si éste se encuentra en el período de residencia o en prácticas.
- c. Riesgos derivados de la provisión de puestos de trabajo, para lo que se tendrá que estar: al número de especialistas reclutados, al número de trabajadores por planta, a la presencia en determinados turnos o para determinados días de fiesta de los “contratados de refuerzo”, etc.
- d. Riesgos que provienen de la maquinaria, el utillaje y la medicación en stock, donde son importantísimos los mantenimientos, las es-

17 Las comillas son nuestras. El autor MIR PUIGPELAT, O. defiende la tesis en el capítulo de su obra ya citada y concretamente en la p. 249 y ss, que la responsabilidad de la Administración no es ilimitada. Ésta sólo debe de responder por los riesgos que siendo previsibles sean evitables (ya hemos dicho que sólo la fuerza mayor y el riesgo tecnológico son excepciones a la regla general). Si bien esto último está claro, cabría la posibilidad de responsabilizar al Estado por cualquier tipo de riesgo y ello sería ilegal e iría en contra del principio de seguridad jurídica. Por ello la responsabilidad administrativa sólo debe surgir cuando dichas previsiones dañosas tengan la suficiente entidad cualitativa y cuantitativa para ser jurídicamente relevantes. Esta postura resulta virtualmente útil al examinar la actividad sanitaria dado que ésta se encuentra “esencialmente ligada a riesgos y daños”, tratándose de “un sector de la actividad administrativa especialmente peligroso”. Concretándose por este estudioso que: “Los riesgos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria son de dos grandes tipos: riesgos inherentes al propio estado de salud de los pacientes, y riesgos creados por el propio servicio al intentar impedir que aquellos acaben convirtiéndose en resultados lesivos. Los riesgos generados por el servicio para combatir el delicado estado de salud de los pacientes son necesariamente muy elevados”. El enfoque de esta exposición obliga a que nos ocupemos de los segundos. En el mismo sentido y con el título, “Nexo causal y Juicio de previsibilidad” habla DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares, 2006, Granada. p.p. 21 – 27.

18 Con ello queremos referirnos a la función de gestión: planificación interna y externa, adquisiciones de bienes y contratación de servicios, actividad presupuestaria, tratamiento de la calidad, ... todo ello referido a la actividad sanitaria en su más pura vertiente de “servicio público”.

terilizaciones, la provisión continua de material desechable obligatorio, los recuentos de provisiones y también que la aparatología sea retirada de los servicios cuando se advierta su desgaste y pérdida de funcionalidad.

- e. Riesgos legales de protección de la salud: hay un alto grado de especialización legislativa, de forma que habrá que perfilar muy bien los límites de las cuestiones referentes a la Salud Pública, no descuidar los supuestos en que se tiene que recoger el consentimiento informado por escrito, mostrar una atención especial por la custodia de los datos íntimos de los pacientes, así como velar por la adecuada aplicación del RD sobre las Listas de Espera.

B. Riesgos inherentes a la Actividad del Profesional Sanitario:

- a. Riesgos derivados de la formación de los profesionales contratados ¹⁹.
- b. Riesgos técnico-médicos en sentido propio: sintomatología que presenta el enfermo, comunicación con éste y recogida fiel de esta exploración en la Historia Clínica (su inobservancia podría dar lugar a un error de diagnóstico), así como el seguimiento prestado al Protocolo de aplicación.
- c. Riesgos derivados del incumplimiento de los deberes del médico, o incumplimiento de su obligación de medios. Pueden señalarse como tales: la falta de consentimiento informado, el haber proporcionado una información imprecisa o errónea sobre el tratamiento o una intervención, etc.
- d. Riesgos que tienen que ver con la integración del profesional en su centro de trabajo, considerado éste como el engranaje humano

19 Evidentemente nos referimos no a la individual de cada uno que es previamente verificada por el Departamento de personal, sino de aquella que se especifica legalmente, por ejemplo –y sin perjuicio de otros– en los Planes de Carrera y Promoción.

del plan de gestión a través del que se ejecuta la prestación sanitaria²⁰.

Por ello, son los Centros de Sanidad los que como paliativo a los riesgos planteados en el bloque A:

1. Para disminuir los riesgos que traen causa en la práctica de la prestación en sí está previsto el uso de “Protocolos”²¹. Éstos homogeneizan el *iter* habitual de explotación o maniobra que con arreglo a los conocimientos y la *lex artis* debe de realizar el médico, enfermero o técnico. Se encuentran presentes en todas las especialidades, servicios, etc, y abarcan tanto a las pruebas diagnósticas, como a las intervenciones, los tratamientos, etc-. También contribuyen a reducir la aparición de estos sucesos las reglamentaciones internas existentes, por ejemplo cuando éstas se distribuyen para coordinar la Atención Primaria y la Especializada, u otras que, tomen la forma que tomen, tiendan a estandarizar prácticas y unificar procedimientos.

2. Para garantizar que el personal disponible – incluidos MIRs y los de prácticas- está suficientemente preparado para desempeñar las funciones que se les pide, es necesario que todos los puestos de trabajo y/o aprendizaje estén perfectamente delimitados, y que tengan claro en qué supuestos se estarían excediendo de sus cometidos, debiéndose incluso programar formación *ad hoc*.

3. El Departamento de Recursos Humanos junto con el de Dirección es el responsable de corregir las carencias de atención por acumulación de tareas o falta de personal. Por ello deberá estar atento a las necesidades del área que supervise, para hacer las solicitudes que procedan y colabore con la Dirección para ajustar el presupuesto bien por un aumento de horario o bien por un aumento de personal.

4. Tanto en los Centros Públicos como en los privados es obligatorio tener a punto el material quirúrgico y la aparatología²².

5. Se articulan mecanismos para hacer cumplir escrupulosamente la normativa de la que resulta destinataria la Administración para que las filtraciones de información o de otros temas como los relacionados con Salud Pública –contagios masivos, epidemias, presencia de virus hospitalarios, por ejemplo-, no causen alarma o daños a terceros, o ello no produzca una demora responsable.

Respecto al bloque que hemos titulado con la letra B, se ha de garantizar:

1. Que junto a una rigurosa formación de carrera –regulada a la sazón en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias-, en la que reviste capital importancia el acceso a las especialidades, se refuerza el sistema con las obligaciones dimanantes del Código Deontológico profesional. Tales obligan a no enfrentarse a casos o enfermedades que no se conocen o para las que no se dispone de suficiente experiencia.

2. Para usual complemento de la Historia Clínica²³ es habitual que todo el grupo de trabajo del Centro utilice a diario las “Hojas de Evolución de Enfermería”, en las que además de quedar incluida la exploración previa, los antecedentes y las alergias, se pauta el tratamiento, su administración por los enfermeros, la situación que presenta el paciente en cada turno, las manifestaciones de éste y su comportamiento, etc.

3. El profesional sanitario en el ejercicio de su cometido ha de tener presente lo que se ha denomi-

20 Recuérdese que los profesionales deben denunciar las carencias de cualquier servicio, así como la imposibilidad de llevar a cabo determinados tratamientos por no contar con el material o aparatología necesarios o porque éstos presenten un funcionamiento deficitario.

21 SISO MARTÍN, J. Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica (Un apunte jurídico dirigido a los profesionales sanitarios). Escuela Andaluza de Salud Pública, 2003, Granada, p. 44. No es el único que define a los Protocolos como la “positivización de la Lex Artis”.

22 Hay numerosa Jurisprudencia sobre el particular, por su claridad recomendamos la STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6458) en la que se condena al antiguo INSALUD “por no mantener en buen estado en material quirúrgico utilizado”. Durante una operación se desprendió un tornillo de uno de los separadores que utilizaba durante la misma el cirujano, y que quedó dentro del paciente causándole complicaciones de diversa consideración. No hay responsabilidad del especialista, pues el tornillo era minúsculo y era imposible haber reparado en él. Incluso se ha responsabilizado a la administración por daños causados ante el mal estado de conservación de un Hospital: STSJ Illers Balears, de 25 de octubre de 2006, AR 206/293666.

23 La cual sabemos que es el documento “estrella” donde se plasma la relación médico-paciente, está ya estandarizada para todos los Centros sanitarios sean públicos o privados.

nado “sus deberes”. Es curioso que, aunque éstos básicamente coinciden con los arts. 10 y 11 de la Ley General de Sanidad, realmente no tienen una naturaleza normativa porque proceden de la Deontología, pero son tan vinculantes como si estuvieran contenidos en preceptos legales.

4. Por la situación de garantes que estos profesionales ocupan frente al bien jurídico “salud”, no deben anteponer sus propias molestias con compañeros o con la organización, al desarrollo normal del servicio. Aunque es también la Deontología la que se refiere algo a ello: el origen de esta obligación se encuentra en el interés general y en el desarrollo del concepto de “grupo de trabajo” que los Tratadistas distinguen del de “equipo”, según tendremos ocasión de comprobar²⁴.

Esta exposición dual tiene su razón de ser en lo siguiente: las circunstancias apuntadas en “B”, obligan al Facultativo a tener en mente un conjunto de previsiones y de prudencias, que en el caso de exacerbarse desembocarían en lo que se ha dado en llamar “Medicina Defensiva”²⁵. Los puntos que hemos

24 A fin de acercar un poco la cuestión, daremos aquí un apunte básico. Es posible comprobar mediante la simple observación que en los Hospitales y Centros de salud la atención que recibe el paciente está dividida por categorías pero que en su fórmula organizativa es unívoca: no se firma un contrato distinto para recibir distintos servicios. Los enfermeros asumen que la administración del tratamiento pautado y de los cuidados pre y post operatorios les corresponden a ellos. Los Auxiliares saben que han de reponer el material continuamente, lavar a los enfermos, vestirlos y auxiliarlos en lo que tengan encomendado. Aunque hay distintos “compartimentos” estos tienen en común la disposición que haya ordenado la Dirección del Centro a través de los Supervisores y los Jefes de Servicio. Ésta sería la explicación de “grupo de trabajo”, porque el trabajo en la Sanidad se recibe y ejecuta por un grupo de personas previamente organizadas. El término “equipo” designa a los componentes que se van a ocupar de una intervención puntual. Las relaciones que ligan a unos con otros pueden ser de carácter horizontal o vertical. Cuando en un quirófano o en el tratamiento intervienen varios especialistas hablaríamos de la primera (relación entre el cirujano y el anestésico), mientras que la segunda hace referencia a un solo especialista que dirige –y a veces hasta elige– a otros profesionales (enfermera instrumentista y circulante, u otros).

25 Lo que se traduciría en nefastos y nocivos efectos internos tales como: el aumento de la burocratización, el posible abandono de quien no tiene curación o se encuentra en fase terminal, o en el uso masivo de pruebas diagnósticas para descartar patologías con el consiguiente exceso de sufrimiento de la persona, entre otros peligros que los Tratadistas y los Directivos advierten. También se prohíbe expresamente en el Código de Ética y Deontología Médicas en el art. 18.2. Definen el concepto, entre otros, GUERRERO ZAPLANA, J. *Las Reclamaciones por la Defectuosa Asistencia Sanitaria*. Lex Nova, Madrid, 2003, p.p. 41 y ss. MIR PUIGPELAT, O. *Op. cit.*, p. 284 (nota 417), expone perfectamente los numerosos perjuicios que ello puede acarrear distinguiendo varios perjuicios: a pacientes, a médicos o enfermeros e incluso al propio progreso de la medicina.

incluido en “A” excluirían la ulterior reclamación de lo pagado al agente que estaba en conexión directa con el damnificado al producirse el daño²⁶. Empero no son compartimentos estancos sino que pueden comunicarse entre sí.

Hasta la fecha, la acción conjunta de los departamentos de Prevención de Riesgos y Recursos Humanos para la elaboración de planes y programas de salud, así como la normativa *ad hoc* que ha jalonado este sector se ha impregnado de esta filosofía²⁷. Sin embargo la Telemedicina sólo se menciona en alguna norma reguladora de competencias administrativas²⁸, y aunque se va teniendo mayor o menor experiencia –según la Comunidad Autónoma– en ella y está perfectamente evaluada en cuanto a costes y utilidades²⁹, carece de regulación.

26 Esto es, evitaría lo que GUERRERO Y ZAPLANA, J. *Op. cit.*, denomina la “acción de regreso” de la Administración, p. 144. La posibilidad de resarcimiento de ésta frente al auténtico agente causante se encuentra en el art. 145.2 LPAC.

27 En general es tendente a regular la producción de sucesos adversos, anticiparse a ellos o encauzar sus efectos. Puede citarse como ejemplo el RD 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de las Listas de Espera, o la importante aportación que a todos los niveles supuso la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente. Podríamos decir que esta normativa se ocupa perfectamente de la prevención de los “riesgos sistémicos”.

28 DE LORENZO Y MONTERO, R. *Op. cit.* p. 63. “La telemedicina sólo está presente en las normas que regulan las competencias administrativas, señaladamente en el Real Decreto 2017/2000, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, que atribuye la competencia sobre, literalmente, la telemedicina a la Secretaría General de Telecomunicaciones, y también en las normas reguladoras del otorgamiento de subvenciones a la investigación, aquí bajo diversas denominaciones, fundamentalmente Biomedicina”. Las únicas aplicaciones telemáticas que entonces y ahora están mencionadas más que reguladas son las del servicio de atención telefónica como hemos visto en nuestra introducción.

29 El art. 21.2 de la Ley de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) atribuye la investigación sobre técnicas, procedimientos, etc, a la Agencia Española de Tecnologías Sanitarias del Instituto Carlos III. Téngase en cuenta la modificación introducida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y de los productos sanitarios. Ésta ha de actuar en colaboración con los organismos de las Comunidades Autónomas (es decir, otras Agencias de Evaluación). Vid.

www.pmfarma.com/noticias/noticias/noti.asp?ref=5460 {URL con acceso el 28-07-2007}. Se trata de una noticia de esta página web de 12 de enero de 2006 en la que, esta Agencia, en colaboración con la empresa de servicios de telemedicina “Emminens Healthcare Services”, “evaluarán si realmente, la telefonía móvil e Internet son eficaces a la hora de mejorar la toma de decisiones médicas y en el seguimiento de la diabetes”. El objeto del estudio en el que participan 80 pacientes de la diabetes tipo 2, tiene como finalidad conocer el verdadero potencial de la Telemedicina para controlar las enfermedades crónicas, y plantear alternativas válidas para su control, el impacto en la calidad de vida del paciente para ser más autónomo y proporcionarle más independencia. Otro de los objetivos que ha de cumplir es que debe facilitar la gestión

Esto supone encontrarnos “en blanco” a la hora de identificar si con sus aplicaciones estamos introduciendo o no, riesgos propios que colocar en las listas que hemos diseñado que, más allá de las previsiones estrictamente económicas o inversionistas, han de ser también evaluados y contrarrestados. Por lo que, advirtiendo estas limitaciones, vamos a realizar una propuesta de estos riesgos a fin de vaticinar el remedio y determinar a quién correspondería su evitación.

A priori creemos que la Telemedicina podría entrañar un doble riesgo:

a) De un lado los elementos de software, los ordenadores, los aparatos de transmisión de imágenes y las configuraciones de las redes –sean intranets u otras- deberán estar adecuadamente blindadas para que nadie pueda acceder a los datos íntimos de los pacientes, en cumplimiento de la Ley de Protección de Datos y de las Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales. El personal administrativo y sanitario deberá conocer el manejo de estos elementos que habrán de tener un discreto pero efectivo control por el Centro en que se ubiquen³⁰.

b) De otro, los profesionales no deberán albergar dudas sobre cómo desempeñar las actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento e intervención/rehabilitación con estos medios. Pero no sólo

del tiempo del profesional sanitario, facilitar también el contacto entre el médico y el paciente, así como disminuir los efectos perjudiciales que padecen los enfermos crónicos en relación con las largas listas de espera, las hospitalizaciones y el coste farmacológico.

Han de tenerse en cuenta también las modificaciones introducidas por el RD 590/2005 de 20 de mayo, por el que se modifica el Estatuto del Instituto de Salud “Carlos III”, aprobado por el RD 375/2001, de 6 de abril.

Exponente de lo que comentamos es sin duda el Informe presentado en Santiago de Compostela en noviembre de 2003 sobre “Teledermatología, Store-and-forward” por la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. En él lo que se pretende es ofrecer resultados de la concordanza diagnóstica del sistema de teledermatología de tipo “Store-and-Forward” con los resultados anatomopatológicos de las biopsias, al mismo tiempo que sirve para determinar el grado de satisfacción de los pacientes y médicos con este sistema de “teledermatología”. Puede descargarse el mismo en www.sergas.es/cas/Docs/avalia-t/pdf7-62.pdf. {URL con acceso el 28-07-2007}

30 Como exponente para reforzar la interrelación que hemos apuntado entre los dos “bloques” señalados más arriba, que el art. 17 del Código de Deontología y Ética Médica español, establece la responsabilidad del médico en el uso de las aplicaciones informáticas que utilicen, citándose expresamente que los bancos de datos extraídos de historias clínicas jamás deben conectarse a una “red informática no médica”.

eso: a ellos se les encomienda la difícil tarea de decidir en qué momento se debe acudir a ella. Uno de los puntos más complicados de resolver en la práctica, está en la manera en que se debe proceder para recabar el consentimiento informado y quien queda vinculado a su emisión. Ello determinará la posición en la que quedan el “médico colaborador” y el “médico consultor” respecto del paciente dañado.

Tales son las líneas a las que vamos a tratar de dar luz en los siguientes epígrafes, estando aún en un terreno bastante impredecible y sin regulación concreta.

III. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS RIESGOS DE GESTIÓN.

Fruto de la transposición para nuestro país de la Directiva sobre Comercio Electrónico 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio, el 11 de Julio de 2002 se aprueba la Ley de los Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI)³¹. Ésta reglamenta los intercambios de las empresas entre sí o con destino a consumidores, denominándose “prestadores” a los que realizan una concreta operación relacionada con su actividad comercial o de servicios a través de medios electrónicos.

Su promulgación era necesaria puesto que: 1) La normativa más “cercana” a la nueva realidad virtual era la Ley de Compraventa de Muebles a distancia, cuyos preceptos no servían y no se podían acomodar bajo ningún caso a la prestación de servicios; 2) La notable inseguridad jurídica que rodea al entorno virtual: empresas de localización incierta, dificultad de reclamación de derechos o sobre productos, recelos hacia los medios de pago por temor a estafas, etc; 3) Adaptar los arts. 9 y ss del Código civil para posibilitar la resolución de controversias como: ley del contrato celebrado, jurisdicción competente, ejecución de sentencias y otros.

El art. 2 LSSI define que el objeto de esta ley lo constituyen los servicios prestados a distancia por

31 La Disposición Final 6ª indica que: “Esta Ley se dicta al amparo de los arts. 149.1 6ª, 8ª y 21ª CE”.

vía electrónica, a petición del destinatario del servicio y normalmente a cambio de una remuneración – también tienen cabida servicios gratuitos para el solicitante-. Aunque este esquema no es diferente en apariencia, a cualquier solicitud que se deduzca hacia la Administración y que ésta pueda resolver telemáticamente, este texto no le es aplicable³².

La creación de unas redes administrativas que permitan acercar el aparato burocrático a los ciudadanos así como las prestaciones y los servicios públicos desde que se populariza mundialmente el uso de las TICs, es una demanda no sólo propulsada por Europa sino también por organizaciones internacionales como la OCDE³³. Esto propicia la aprobación de “INFO XXI”³⁴, primero de los pasos para conseguir dicho propósito. El segundo paso importante es la iniciativa *España.es* que se aprueba por el Consejo de Ministros en julio de 2003, en el que se concretan un conjunto de acciones y proyectos con el fin de impulsar el desarrollo de la Sociedad de la Información en nuestro país³⁵. La tercera etapa, por así decirlo, la protagoniza el proyecto *Conecta* aprobado en el año 2004 y con dotación presupuestaria hasta el año 2007³⁶. En el momento actual el Gobierno se encuentra en el desarrollo de una cuarta, que es el

proyecto *Moderniza* engrosado con un paquete de medidas de actuación para los años 2006 – 2008 que, si bien tratan de consolidar lo obtenido con la ejecución de las propuestas anteriores, se prevé como colofón la elaboración de la tan esperada Ley de la Administración Electrónica³⁷. Los Ministerios con mayor participación directa han sido y son: el citado Ministerio de Administraciones Públicas, el de Asuntos Exteriores y el de Tecnología y Comunicación³⁸.

Todos estos proyectos están dominados por unas preocupaciones centrales a las que en cada uno se le trata de dar mayor o menor solución, pero que persisten en la actualidad, cuales son:

1. Evitación del error técnico.
2. Eliminación del riesgo de atentar contra la privacidad de las personas.
3. Existencia de restricciones presupuestarias para invertir en la contratación de los bienes y servicios.
4. Tratamiento de la denominada “fractura tecnológica”, expresión acuñada para definir el hecho de que haya unas regiones que están más preparadas y dotadas de mayores presupuestos para adoptar esos medios.
5. Cómo afrontar la descoordinación entre Administraciones.

32 Hace suya esta observación CERRILLO I MARTÍNEZ, A. en su aportación, “La Administración Electrónica”, en la obra conjunta *Derecho y Nuevas Tecnologías*. UOC, Barcelona, 2005. p. 263, que explica que lo aparentemente semejante no es así. Los entes administrativos pertenezcan al Estado, a las CCAA, o a las CCLL tienen obligaciones para con sus ciudadanos sobre todo informativas (art. 105 b) CE). El autor utiliza como punto de partida el comentario a los arts. 38 y 45 LPAC, y art. 103.2 CE para apuntar un efecto del Estado de Bienestar que el aparato público en su conjunto ha de garantizar al ciudadano: la eficiencia en la realización de los objetivos públicos. El Plan eGovernment o de la eAdministración –en España- no es un proyecto empresarial, sino que lo que propugna es el ahorro de costes y trámites a los ciudadanos en sus relaciones con el sector público. Y aunque muchas de las peticiones de estos últimos serán gratuitas, cuando no lo sean llevarán aparejada una Tasa y no un precio establecido por el libre mercado como ocurre con los prestadores sujetos a la LSSI.

33 Son las siglas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de la que forman parte 30 países entre ellos España.

34 El programa “INFO XXI. La Sociedad de la Información para todos. Iniciativa del Gobierno para el desarrollo de la Sociedad de la Información”, fue aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 1999. Vid. www.infoxxi.es. {URL con acceso el 28-07-2007}

35 Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p. 243: “Entre las áreas de actuación previstas está “Administración.es” cuyo objetivo es dar un impulso definitivo a la Administración Electrónica que favorezca la plena integración de las nuevas tecnologías en la prestación de servicios públicos.”

36 CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p. 244.

37 Un panorama más descriptivo y detallado se puede obtener accediendo a la web del Ministerio de Administraciones Públicas: www.map.es/indicativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/moderniza.html. {URL con acceso el 28-07-2007}. Otras previsiones son: aprobar un nuevo Estatuto del Funcionario Público, establecer planes específicos para la modernización conjunta de la Administración Periférica, Autonómica y Local, así como para la realización de la Red 060 o Red de Oficinas Integradas, y la digitalización de miles de documentos que ahora se encuentran en papel. Dice al respecto GUILLEN CARAMÉS, J., p. 249: “Si bien es evidente que la Administración está llamada a desempeñar un papel fundamental para la consecución de estos objetivos, no es menos cierto que para lograrlos, el propio aparato burocrático del Estado necesita una profunda modernización para adecuar sus actuaciones a este nuevo tipo de sociedad. Así, por un lado, las Administraciones Públicas deberán promover un marco regulatorio específico para evitar que las distintas fuerzas del mercado resulten en situaciones de desigualdad social o territorial (...)”.

38 Lo que se lleva a la práctica a través de un entramado de Direcciones Generales pertenecientes a éstos, que no exponemos por exceder el contenido del presente estudio.

6. Se corre el riesgo de hacer desaparecer las garantías de la Administración frente a los ciudadanos³⁹.

Tales premisas pueden ser perfectamente trasladadas y contrastadas en el seno más específico de la Administración Sanitaria, lo que pasamos a analizar a continuación en sede de Responsabilidad Patrimonial:

1. Evitación del error técnico. Al margen de lo imprevisible, por lo general los fallos en tecnología se producen por intervención de un tercero –sea por negligencia o por incumplimiento– con los que la Administración ha contratado el servicio de mantenimiento o una determinada prestación electrónica o informática. Éste puede surgir perfectamente en el curso de la actuación telemédica. La totalidad de la Doctrina está conforme con que en estos casos el ente público deberá satisfacer íntegramente la indemnización a la víctima, si bien gozando aquel de la acción de regreso para recuperar de ese tercero responsable la cantidad pagada⁴⁰.

El vínculo jurídico habitual entre la Administración y los terceros es mediante las subcontratas, por lo que, dado el carácter técnico de estos servicios, lo más prudente a la hora de redactar el contrato es que se perfilen su objeto y las obligaciones de las partes, de la manera más sencilla y comprensible posible⁴¹. No obstante y, como consecuencia del gran número de servicios que la entidad pública va a prestar, ade-

más de contratar a su cargo a informáticos u otro personal técnico –lo que hemos visto ya que es consustancial a la naturaleza del fenómeno telemédico se configure o no mediante un software de programación exclusiva–, se recurrirá también a la subcontratación con las empresas especializadas en la Sociedad de la Información, reguladas en la LSSI que las denomina *intermediarios*⁴²: lo que preconiza una producción masiva de esta modalidad de contratación.

Si el hecho dañoso parte del incumplimiento de las obligaciones impuestas al técnico –laboral o funcionario– por la Administración, ésta responderá de la misma manera que si un médico descuida la *lex artis* (sin perjuicio de la acción del art. 145.2 LPAC). Pero si procede del incumplimiento del contrato de prestación de los mencionados servicios la responsable completa será la empresa: y esto por cuanto que lo lógico es que sea ésta la que señale las condiciones del servicio prestado y no que siga instrucciones de la Administración.

2. Eliminación del riesgo de atentar contra la privacidad de las personas. Hemos avanzado ya que no sólo los Hospitales custodian información personal “sensible”, sino que ello es habitual en todo el sector público⁴³. Este punto es tal vez en el que mejor se advierte la objetividad de la responsabilidad patrimonial, puesto que, depositados estos datos, no generan una mera tenencia sino la obligación de su custodia a fin de que otros sujetos terceros⁴⁴ no puedan chantajear al afectado aprovechando su conteni-

39 En el mismo sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *Op. cit.* p. 233, 234 y 236, en la que se recogen estas palabras: “Actualmente, las buenas prácticas en muchos países ya han demostrado que la Administración electrónica es un medio poderoso para prestar servicios públicos de mayor calidad, reducir los tiempos de espera, y mejorar la rentabilidad, aumentar la productividad y la transparencia, y la responsabilidad”.

40 Adviértase que estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria: p. 312 de MIR PUIGPELAT, O., *Op. cit.* nota 476. Se anota que esta opinión es respaldada por los profesores, GARCÍA DE ENTERRÍA, MARTÍN REBOLLO y SÁNCHEZ MORÓN. Este grupo de supuestos también son habituales en los daños producidos como consecuencia de una “concurencia de causas”: a veces la responsabilidad puede moderarse si se concluye que el resultado se agravó por otras circunstancias que eran concurrentes, tales como medicamentos en mal estado o administrados en dosis erróneas, uso de aparatos en los que no se ha reparado que existe un defecto previo (no nos referimos aquí al mantenimiento defectuoso), etc. También se pueden consultar las p.p. 125 y 126 de GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Lex Nova*, 2003.

41 Las aclaraciones técnicas y otras precisiones necesarias deben recogerse en un Anexo adjunto.

42 Son las que están dedicadas a la provisión de servicios de acceso a Internet, en general o en particular, como el caching o copia temporal de páginas web, el alojamiento o hosting, o las que pueden facilitar enlaces para ampliar informaciones o linking. Para seguir los criterios de contratación de estas acciones se puede acudir a la web, www.red.es, {URL con acceso el 28-07-2007} donde, sin embargo, se publicita el “principio” de “software libre y fuentes abiertas”. Especialmente interesante es la aprobación en el año 2002 de una Recomendación por parte de la Comisión Europea a nuestra AGE (que son las siglas de Administración General del Estado), quien aconseja actuar resolviendo un clásico e histórico problema económico: la optimización de sus recursos limitados cuando entre en contacto con los proveedores de estos bienes y servicios, no obstante procurando “la independencia tecnológica de la administración”.

43 Si bien es normal que esto sea así, son Sanidad y Hacienda quienes manejan aquellos que se nos hacen más influyentes.

44 Por “terceros” entendemos cualquier persona física o jurídica no perteneciente o vinculada contractualmente con la Administración sanitaria.

do. Una STS (Sala 1ª) de 27 de enero de 1997, condena al INSALUD porque uno de sus centros perdió la Historia Clínica de un paciente, la cual llegó a manos de ajenos los cuales previamente chantajearon al interesado y posteriormente difundieron que éste estaba infectado por el virus del SIDA. Lo jurídicamente relevante de que esto ocurra es que la acción de estos terceros no puede interrumpir la imputación de la responsabilidad: porque se realiza en el resultado dañoso lo que motiva la imposición del deber de la más estricta confidencialidad, la cual es exigible a todo el personal que tenga que entrar en contacto con esos datos⁴⁵.

Por ello existe una honda preocupación al tenerse que manipular electrónicamente los soportes donde se relacionan esas intimidades. De ahí que estemos asistiendo al nacimiento de distintos organismos de certificación debidamente acreditados, y de ahí también una de las explicaciones de la finalidad de la publicación de la Ley sobre Firma Electrónica.

Por el exceso de celo que debe perseguir la consecución de este objetivo, se sienta un precedente con las *Directrices de la OCDE para la Seguridad de Sistemas y Redes de Información (Hacia una cultura de Seguridad)*⁴⁶. En este documento no sólo hay una referencia al modo de poner en marcha la eAdministración, sino que ésta debe de ayudar y estimular a las empresas prestadoras para que cumplan estos objetivos. Es interesante por las previsiones y recomendaciones que recoge que también contarán en el uso de las redes sanitarias⁴⁷:

- Concienciación de que “los sistemas y redes de información pueden verse afectados tanto por riesgos internos como externos. Los participantes deben comprender que los fallos en la seguridad

pueden dañar significativamente los sistemas y redes que están bajo su control. Deben asimismo ser conscientes del daño potencial que esto puede provocar a otros, derivados de la interconexión y la interdependencia”.

- Responsabilidad “implícita” en la salvaguarda de la seguridad de los sistemas y redes de información, dictándose que, prudentemente se habrá de procurar: a) la revisión de las políticas, medidas y procedimientos de manera regular y si éstos son apropiados al nuevo entorno⁴⁸; b) a obligar a aquellos que “desarrollan, diseñan o suministran productos o servicios a elevar la seguridad de los sistemas y redes”.
- Establecimiento de alertas para prevenir, detectar y responder a los incidentes que afecten a la Seguridad.
- Promoción de comportamientos éticos: “Debido a la permeabilidad de los sistemas y de las redes de información de nuestras sociedades, los participantes necesitan reconocer que sus acciones o la falta de éstas, pueden comportar daños a terceros. Es crucial mantener una conducta ética, debiendo los participantes hacer esfuerzos por desarrollar y adoptar buenas prácticas y promover conductas que renazcan la necesidad de salvaguardar la seguridad y respetar los intereses legítimos de terceros”.
- Implantar técnicas para evaluación de los riesgos y los dispositivos adecuados para su medición: identificación de amenazas y vulnerabilidades, definición de los niveles de seguridad, que cuiden aspectos relacionados con las interconexiones entre las Administraciones, etc⁴⁹.

45 Las profesiones sanitarias colegiadas (médicos y enfermeros) deontológicamente tienen también la obligación de guardar el secreto profesional.

46 www.mae.es/Representaciones/OCDE/es/MenuPral/La+OCDE. {URL con acceso el 28-07-2007} La OCDE elabora informes y recomendaciones que orientan en su actuación a las Administraciones Públicas y a los Gobiernos de los Estados firmantes. El Informe que hemos reseñado se adoptó como Recomendación del Consejo de la OCDE en su 1037 sesión de 25 de julio de 2002.

47 A continuación, en cursiva, transcribimos varios fragmentos de las páginas 7 y 8 del documento citado (ha sido traducido por los servicios de traducción de la OCDE).

48 Lo que, en nuestra opinión, equivale a tener que legislar forzosamente sobre el particular.

49 De lo que hablamos es de la consecución de la seguridad en los sistemas, como elemento esencial de su buen funcionamiento. También es crucial que, una vez obtenida, la seguridad se gestione con fórmulas dinámicas que sirvan para proceder a “re-evaluaciones” periódicas: “De manera constante se descubren nuevas amenazas y vulnerabilidades. Los participantes deberán en este sentido, revisar y evaluar, y modificar los aspectos de la seguridad de manera continuada, a fin de poder enfrentarse a riesgos que siempre están en evolución permanente”.

¿Podría exonerarse de responsabilidad a la Administración si demuestra que con el estado de los conocimientos no han podido evitarse, una determinada filtración, o la destrucción o pérdida involuntaria de datos? En nuestra opinión la respuesta debe ser negativa. Creemos que no podría asimilarse esta situación a la del riesgo tecnológico, pues ya se sabe que los virus creados por hackers son habituales, se generan con inusitada frecuencia, y resultan ser poderosas invenciones de su autor⁵⁰. Tampoco tiene encaje en la fuerza mayor⁵¹, por lo que la respuesta indemnizatoria es segura.

3 y 4. Restricciones presupuestarias y “fractura tecnológica”. Gran parte del tratamiento del Sector Público se realiza en términos de gestión en cuanto a sus formas, métodos, canalización⁵² de objetivos por actividades, etc. Es inherente al mismo su escasez de recursos. Desde antaño la Jurisprudencia no ha dejado de responsabilizar a la Administración por daños que traían causa en restricciones presupuestarias⁵³. La adopción de las TICs comporta que habrá que promover la adquisición de medios electrónicos, informáticos y telemáticos⁵⁴. Una vez dispuestos y conectados permitirá, por ejemplo, que los Centros de Salud en los que se lleva a cabo la Atención Primaria puedan enviar inmediatamente cualquier prueba

practicada al paciente, de manera que cuando llegue al Hospital y sea atendido por el especialista, éste haya ganado tiempo por no tener que volver a practicarla; o, extraerse la Historia Clínica de cualquiera desde cualquier punto del SNS⁵⁵.

Se crean así ventajas para la Administración Sanitaria representado por “ahorros de tiempo” que pueden ser cruciales para salvar la vida⁵⁶, mejorándose la calidad y eficacia del servicio.

El problema está aquí en determinar si todos los Centros han de estar equipados con estos medios. El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las condiciones generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, no contempla nada de esto.

Este reglamento tiene su fundamento constitucional en el art. 149.1.16^a CE (Vid. su Disp. Final n^o 1) y está previsto como norma de desarrollo en los arts. 26.2 y 27.2 LCCSNS y art. 29.1 LGS. Las autorizaciones han de ser otorgadas por resolución de la Comunidad Autónoma que se trate, y lo mismo para la apertura de centros públicos que privados (art. 1). El art. 2 se dedica a las definiciones⁵⁷. El apartado f) de este último dice que los requisitos para ser autorizado son: “*requerimientos expresados en términos cualitativos o cuantitativos, que deben cumplir los centros, servicios y establecimientos sanitarios para ser autorizados por la Administración sanitaria, dirigidos a garantizar que cuentan con los medios técnicos, instalaciones y profesionales adecuados para llevar a cabo sus actividades sanitarias*”. Más adelante el art. 4.2 indica que: “*Los requisitos mínimos podrán ser complementados en cada comunidad autónoma por la Administración sanitaria correspondiente, para los centros, servicios y establecimientos sanitarios de su ámbito*”. Se remata esta

⁵⁰ Los virus informáticos examinados a la luz de los “derechos de autor” serían perfectamente protegibles por su técnica y originalidad: si se deniega esta protección es porque su finalidad es antijurídica.

⁵¹ Más bien se podría hablar de “caso fortuito” (acaeció un hecho que no ha sido previsto, pero que de haberlo sido se podría haber evitado) que sí entraña responsabilidad para la Administración.

⁵² Como lo es el elegir la creación de una entidad paralela con personalidad jurídica propia, a través de la que llevar a cabo un programa o lograr la ejecución de actividades que pueden ser delegadas o descentralizadas para su realización inmediata. Ejemplo paradigmático de lo que comentamos son las Fundaciones.

⁵³ MIR PUIGPELAT, O. Op. cit. p. 275 nota 403, p. 281 nota 412 y p.p. 282-283 nota 413. Se relatan diversos supuestos en los que se apreció la existencia de responsabilidad: falta de maquinaria especializada, falta de inversión para prevenir infecciones por virus hospitalarios o falta de presupuesto para contratar sustitutos en caso de que los especialistas se encuentren de vacaciones.

⁵⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p.p. 236 y 237. Describe cada uno de estos medios: los electrónicos tendrán por misión ayudar al desarrollo de la digitalización de documentos, los informáticos son necesarios para operar con los documentos digitalizados y preparar su transmisión, y los telemáticos permiten la transmisión de datos entre equipos y la reproducción de la imagen en tiempo real.

⁵⁵ Mediante la Digitalización se obtiene una Base de Datos única, si bien sólo podrá ser satisfactorio cuando toda la red sea estable y segura.

⁵⁶ Piénsese en el caso de un desplazado que ingresa de urgencia con unos síntomas que pueden ser compatibles con varias patologías: la posibilidad de que el personal facultativo acceda a su Historial –el cual ha sido elaborado en su Comunidad Autónoma de origen- y le sean revelados sus antecedentes, alergias, etc, ayuda sin duda a que su diagnóstico sea más fiable.

⁵⁷ Definición de: Centro, Establecimiento, Servicio y Actividad Sanitarios, etc.

norma de carácter básico –según su Disp. Final 1ª: con una habilitación normativa al Ministro de Sanidad y Consumo, en la Disp. Final 2ª “*para que dicte cuantas disposiciones requiera la aplicación de este RD. así como sus actualizaciones y definiciones*”, y DOS ANEXOS donde se contiene la *Clasificación de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios* y la consideración de cada uno de ellos.

En la Jurisprudencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos desde más o menos el año 1998, se ha ido gestando la Doctrina de la “Pérdida de Oportunidad” en la que la responsabilidad pública surge, por lo general, como consecuencia de una demora en el tratamiento, el cual, de haber sido administrado antes, hubiese contenido o frenado el avance de una enfermedad, aunque no las consecuencias de la misma. Aunque esta teoría se ha aplicado también a supuestos en los que es el factor humano el que causa el fallo que produce la demora (porque el facultativo no agota, por imprudencia o culpa, las pruebas diagnósticas a su alcance), es desde luego típica a las carencias de tecnología o de medios, por motivos tanto presupuestarios como por defectos organizativos⁵⁸.

58 LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. *El error sanitario*. Dykinson, Madrid, 2003. p.p. 159 – 162. *La Sentencia del TSJ de Valencia de abril de 1999, núm. de Recurso 517/1998 (p. 163), siendo Ponente el Magistrado, Don José Francisco Pérez Navarro declara que: “Se condena a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana a pagar a los familiares de un Paciente fallecido la cantidad de 109.641,32.-€ como indemnización por la ineficaz asistencia prestada por sus servicios médico-hospitalarios. Se trata del caso de un paciente que acudió por primera vez a la consulta de un neuropsiquiatra del Centro de Especialidades que ya sufría de pérdida instantánea de conciencia y de memoria y ansiedad. El especialista no pidió un TAC por problemas administrativos y por existir una espera de 6 meses a dos años. A al vista de esta situación y de que sufría migrañas, el paciente acudió a una clínica privada donde se le practicó en el acto una Resonancia Magnética del cráneo, detectándose una tumoración talámica izquierda. Entonces el afectado acudió nuevamente al Hospital aportando el resultado obtenido en la asistencia privada. A pesar de ello, los facultativos no creyeron procedente que se le practicara una biopsia para determinar la naturaleza exacta del tumor y sus posibilidades terapéuticas. El paciente, en su desesperación, nuevamente acude a la sanidad privada donde se le diagnostica un astrocitoma de alto grado. La malignidad y el volumen del tumor desaconsejaban la radioterapia, falleciendo el paciente tres meses más tarde.*

Se considera probada la existencia de una defectuosa prestación de asistencia sanitaria por parte de la Administración correspondiendo la indemnización acordada por la responsabilidad objetiva aunque no se hubiese probado que el paciente, si hubiera recibido desde el primer momento la asistencia sanitaria requerida hubiera sanado de su grave enfermedad, al menos, hubiese podido alargar su vida; pero en todo caso, tal prueba le correspondía aportarla a la Administración demandada.”

Teniendo en cuenta esto último, en nuestra opinión, el RD sobre autorizaciones comentado podría modificarse para incluir a las TICs como elemento de mejor relación, funcionalidad y coordinación entre unidades sanitarias, obligándose también a las privadas. Precisamente y como la “garantía del servicio”⁵⁹ no sólo alcanza a la Administración, no puede considerarse aplicable al uso de la Telemedicina el art. 45 LPAC por ser programático, facultativo en cuanto que dependiente de los presupuestos, y sólo aborda las relaciones procedimentales entre el aparato público y los ciudadanos, y no las relaciones entre los prestadores de la asistencia. Entendemos que poder contar con, al menos, un ordenador, una webcam o una cámara digital y una conexión ADSL no supone un gran esfuerzo presupuestario, que sí implican la creación de los nuevos puestos de trabajo técnico o la compra de modernísimos aparatos para realizar intervenciones quirúrgicas a distancia. Además, para evitar fisuras entre CCLL y CCAA, debería acudir a la solidaridad financiera a fin de que en todas las zonas básicas se pueda contar con estos medios.

5. Cómo afrontar la descoordinación entre Administraciones. Uno de los peligros para toda la AGE aparece al integrar las TICs para la configuración de las intranets, lo que es específicamente señalado por GUILLÉN CARAMÉS⁶⁰. Tal vez aquí es donde cobra mayor sentido el hablar de cambio organizativo, y en donde el autor define este advenimiento como “organización especializada”. En este plano las Administraciones pueden intercambiar información, comunicarse o ser requeridas unas por otras, con

También GUERRERO ZAPLANA, J.M., *Op. cit.* expone en el epígrafe “La Pérdida de Oportunidades como daño antijurídico”, una serie de sentencias de la Audiencia Nacional donde se aplica esta doctrina. Sobre su definición, dice en la p. 153: “Consiste, básicamente, en indemnizar no tanto la producción efectiva de un daño sino considerar como tal la mera posibilidad (más o menos cierta) de que si la administración sanitaria hubiera actuado de otra manera el paciente habría tenido la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida o integridad física”.

Una condensación reciente de esta doctrina la encontramos en la reciente STS de 7 de febrero de 2005 (Sala 3ª), RJ. 2006/1171.

59 *Las comillas son nuestras. Esto es, debe darse una homogeneidad de prestaciones entre el sector público y el privado.*

60 GUILLÉN CARAMÉS, J. *Op. cit.* p.p. 254 y ss, dedicadas a “La interconexión electrónica en el interior de las Administraciones Públicas: la Intranet administrativa”.

fundamento en el deber de colaboración del art. 4.1 LPAC. Trasladando esta preocupación a la Sanidad, creemos que el impacto no va ser tal puesto que la descoordinación apuntada por GUILLEN siempre se produce con mayor profusión entre niveles competenciales. Al declarar el art. 7 LCCSNS que el SNS es único, y que el Estado, con arreglo al art. 43.2 CE tiene la obligación de dictar la normativa básica, siendo ésta complementada por la de las Comunidades Autónomas, supone que son éstas el motor de lo sanitario⁶¹, siendo más sencillo organizar el servicio entre ellas. Si bien no debe descuidarse la recomendación, ya que será de ayuda inestimable para conseguir esa finalidad.

6. Riesgo de hacer desaparecer las garantías de la Administración frente a los ciudadanos. Ello tiene que ver con el factor personal y psicológico de los ciudadanos relacionados con la calidad de las prestaciones, así como su preparación para utilizar las comunicaciones a distancia o su confianza o desconfianza hacia ellas.

Desde la proposición de estos proyectos en España se ha temido que el papel de la Administración quedara despersonalizado y frío frente a sus administrados, a tenor de las quejas recibidas por la atención dispensada por los funcionarios. Esto se ha ido acrecentando con la aparición de la llamada “cláusula de exención de responsabilidad” que acompaña a la mayoría de las informaciones escritas que aquellos obtienen de las entidades públicas⁶². Es previsible, por tanto, que la información pueda causar daños efectivos. No puede ello equipararse con el error técnico, porque ahora nos estamos refiriendo a contenidos, si bien, será imputable únicamente al ente administrativo –y no a quien la haya elaborado de forma subsidiaria- si lo erróneo de las manifestacio-

nes tiene su consecuencia en un previo y demostrable fallo organizativo (en caso contrario cabría la acción de regreso).

En cuanto a la Sanidad, se tiene esperanza en que las TICs puedan mejorar “*las condiciones de provisión*” de las prestaciones⁶³. Esto se encuentra regulado en los arts. 4.b) y 25 á 28 LCCSNS y son las de: accesibilidad igualitaria, movilidad, temporalidad o de tiempo adecuado, información, seguridad y calidad⁶⁴.

Dejando al margen que el incumplimiento de las garantías tenga como punto de partida una conducta personal –dependa del factor humano-, la Administración sería siempre responsable si las tecnologías agravasen las Listas de Espera, o si no hubiera compatibilidad de las tarjetas electrónicas entre los lectores de las CCAA, o si en las campañas promocionales informativas⁶⁵ quedasen excluidas sin razón determinadas regiones, etc. A fin de lograr un ajuste continuado de las prestaciones, serán insoslayables: a) Las especificaciones concretas en las normas de calidad y seguridad, tanto las realizadas en las guías

63 VIDA FERNÁNDEZ, J. Op. cit. p. 98.

64 Que tienen su correlación en la Ley General Sanitaria (LGS): accesibilidad en el art. 3.2, movilidad en el art. 3.3, calidad en la organización art. 7, garantía de información en los arts. 9, 10.2 y 10.4, etc. LORENZO Y MONTERO, R. Op. cit. p. 63 realiza la siguiente valoración positiva de lo que la Telemedicina va a lograr: “Posibilita la mejor calidad asistencial por facilitar al paciente el acceso de forma rápida y sencilla a los especialistas, y a éstos les proporciona una mayor información acerca del paciente, así como la evitación de desplazamientos para esto.” Y también, el “favorecimiento de la continuidad asistencial, menor duración de estancia en Hospitales y una asistencia de calidad en zonas remotas”, porque los profesionales que se encuentren aislados podrán tener más oportunidades para actualizar su conocimientos on line.

VIDA FERNÁNDEZ, J. Op. cit. p. 99: “En cualquier caso, siempre subyace al incumplimiento de las prestaciones y de las garantías sistematizadas por la LCCSNS, la responsabilidad patrimonial mediante la que se reparan los daños causados a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios”. Vid. también, PAREJO ALFONSO, L. en la misma obra, con su aportación, “La Calidad al servicio de la eficacia en el SNS”, p. 239: “La LCCSNS asume el método de la calidad para alcanzar la eficacia en la protección de la salud, contemplando el entero ciclo del riesgo correspondiente y, por tanto, la acción preventiva de la actualización y correctora de los problemas de salud”.

65 Son frecuentes para los profesionales de la Atención Primaria, versando sobre el cáncer de mama, o la nutrición saludable, o el control de las tensiones altas, etc. Esto es porque son los encargados de llevar a cabo servicios relacionados con la promoción de la salud que son programas que pretenden una acción-reacción de la población, altamente divulgativos, incluso montándose dispositivos para consultar la tensión de sectores poblacionales o realizar mamografías gratis, y otras.

61 Con el beneplácito, cuando éste sea necesario, del Consejo Interterritorial. Vid. VIDA FERNÁNDEZ, J. Aportación a la obra conjunta de LUCIANO PAREJO, A. (coord.), *La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales)*. Marcial Pons, 2004, Valencia. El epígrafe se titula, “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios”. P.p. 57 y 58.

62 Esto que para nosotros es válido cuando la información solicitada es general, no es igual cuando la naturaleza de la comunicación es individual. Entonces sí que deberá responsabilizarse a la Administración por haber facilitado unas directrices erróneas, si bien dependerá del contexto en que ésta se haya producido y de su relación directa con la causación de perjuicios.

de práctica clínica y asistencial, como las tendentes a la creación de registros de buenas prácticas y acontecimientos adversos (art. 59 LCCSNS); b) La inclusión en los programas acciones de formación y modernización de los Recursos Humanos (arts. 34, 35 y 40 LCCSNS); o, c) La modificación de los indicadores de la evaluación externa y periódica de la calidad de los centros sanitarios (aunque el art. 62 LCCSNS no lo impone como obligatorio), normas ISO, así como procurar análisis y seguimientos permanentes de los resultados en organización, provisión de servicios, gestión estatutaria, etc, que establece el art. 63 LCCSNS ⁶⁶.

IV. EL ACTO MÉDICO Y TELEMEDICINA.

En no pocas ocasiones, las instancias judiciales han estimado la responsabilidad de la Administración con fundamento en la actuación de los facultativos que han atendido al perjudicado. En éstas, el servicio público no ha tenido intervención alguna como sujeto organizativo, ni por carencia de medios o personal, ni por razones presupuestarias, o por quiebra de las garantías de calidad y eficiencia del sistema. Sin embargo se ha producido un perjuicio indemnizable.

El protagonista es ahora el fallo médico ⁶⁷ con virtualidad para generar un daño, que podemos dividir en: a) Error de diagnóstico ⁶⁸, b) Infracción de los

deberes médicos o infracción de la *lex artis* ⁶⁹. Hemos de comenzar identificando el Acto Médico y en segundo lugar relacionarlo con las novedades que apunta la Telemedicina.

El Acto Médico es definido por la mayoría de los autores que se dedican a esta disciplina ⁷⁰, pudiéndose ofrecer la siguiente apreciación común: “*Es toda actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su propia profesión, entendiendo como médico aquel que, estando en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y, en su caso, de especialista, además de estar colegiado, ejerce la profesión de forma privada o pública, y por cuenta propia o ajena*”. Vamos a centrarnos en esta definición, excluyendo los actos extramédicos y paramédicos ⁷¹.

Por tanto, sus características son: 1) realización de una acción u omisión sobre el cuerpo del enfermo; 2) naturaleza de “*comportamiento dañoso: una conducta humana de la cual brota el daño para el paciente*” ⁷²; 3) en su contenido puede ser de pre-

que es aquel que atendidas las circunstancias es imposible de detectar y que nunca da lugar a indemnización; y, el error inexcusable, el cual abarca las conductas de: a) la imprudencia temeraria (jurisdicción penal), b) la impericia profesional (dolo) y, c) la imprudencia simple (negligencia), en la que la actividad de cuidado fue de corto alcance, pero dentro de una atención normal que sin embargo, resulta insuficiente que es lo que constituye el objeto de estudio en el Fondo del Asunto judicial.

⁶⁹ Son conductas negligentes. Si en ellas incurre el profesional que desempeña su labor en una clínica privada o de su titularidad, él únicamente sería el demandado –junto con su aseguradora, pues hoy nadie carece de seguro- y habría que hacerlo en la Jurisdicción Civil. Si el agente causante pertenece a un Centro Público, el art. 139 LPAC permite el ejercicio de la acción directa contra éste. Una exposición detallada de los deberes médicos puede seguirse en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., Sistema de responsabilidad médica. Año 2002, 3ª Edic., Comares, Pamplona, p.p. 181 y ss.

⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad médica y hospitalaria. Bosh, Barcelona, 2004 p.p. 34 y 35, cita a LÓPEZ ATAZ, sin perjuicio de SISO MARTÍN, Op. cit. p. 41 y p. 389 de FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.

⁷¹ Muy delineados en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., Op. cit. p.p. 377 á 390. Los Actos Extramédicos son los que tienen que ver con el hospedaje del paciente, que adquiere especial relevancia en los ingresos prolongados –donde puede observarse en su tracto mayor probabilidad de incumplimientos-. Los Paramédicos son los realizados por los auxiliares del médico en las etapas previas a las intervenciones (actos preparatorios principalmente).

⁷² En general cualquier tratamiento médico presupone la confianza de sanar: la fe en que el médico mediante su ciencia pueda enderezar lo que se ha deteriorado en el paciente, sea

⁶⁶ Resalta PAREJO ALFONSO, L., en Op. cit. p. 248 que “la articulación de la calidad se realiza mediante la gestión por objetivos y la evaluación de resultados”, por lo que todos los instrumentos indicados son idóneos para alejar los riesgos propuestos de nuestro sistema sanitario, para reducir la siniestralidad de la responsabilidad administrativa por uso de las TICs.

⁶⁷ Si bien recordando las siguientes palabras de MIR PUIGPELAT, O. Op. cit. p. 250: “Puede decirse que el funcionamiento normal de la sanidad pública (como la privada) se encuentra inescindiblemente unida a riesgos y daños. La lucha contra estos riesgos y daños se encuentra condicionada por tres limitaciones evidentes: la presupuestaria, la humana y la científico-técnica”, la cual, “a pesar de su constante desarrollo, no puede todavía combatir gran parte de los problemas de salud del ser humano” ni ser radicalmente infalible.

⁶⁸ GUERRERO ZAPLANA, J.M., Op. cit. p. 149: “En las vías penal y civil, el error de diagnóstico no da lugar a la responsabilidad, salvo que se trate de un error de carácter grosero que muestre la concurrencia de una negligencia grave o una falta absoluta de la diligencia exigible. La culpa sólo podría apreciarse en el ámbito de la ciencia médica en el que no existan discusiones científicas pues, en el campo dominado por éstas, no puede entenderse que exista responsabilidad al no poderse establecer cuáles son los límites que marca el criterio de la normalidad de la *lex artis*”. SISO MARTÍN, J. Op. cit. p. 47 distingue entre: error excusable, 124

vención, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación; 4) debe ajustarse a la ciencia médica no sólo en cuanto a los conocimientos, sino también al criterio valorativo de corrección por antonomasia, cual es la *lex artis*.

En la práctica diaria es frecuente atender no a un solo acto sino a varios, que van concatenándose de forma sucesiva hasta completar la intervención prescrita⁷³. Lo habitual en un centro público o privado es que exista un “grupo” organizado de personal que va realizando multiplicidad de actos, encontrándose al servicio del paciente toda clase de especialistas y profesionales que necesita. Un paso más concreto de este funcionamiento grupal –según comentamos en la introducción-, lo encontramos de la mano de la Jurisprudencia Civil, en la que, como figura específica de análisis de la responsabilidad aparece la causada con motivo del “trabajo en equipo”. Su finalidad es la de conseguir la individualización de un concreto acto médico que ha resultado responsable, superando así los postulados de imputación del art. 1.903 Cc en su referencia a la *culpa in eligendo o in vigilando*. Era necesaria esta diferenciación, por cuanto que no era justo que el jefe de dicho equipo – que suele ser un especialista- esté pendiente de las actuaciones de sus asistentes: por ejemplo, de un enfermero instrumentista -si es que están actuando en el quirófano-, que ha de contar las gasas cuando entran y cuando salen del cuerpo del intervenido, o

de otro médico. Dicha obligación excede sus funciones, dado que el fundamento de esta unidad cooperativa es el principio de confianza: cada uno sabe lo que tiene que hacer y es responsable de sus actos. Esta Doctrina, no obstante, resulta menos operativa cuando el hecho dañoso se produce en la Administración. Sólo resulta útil cuando se quiere hacer responder al auténtico causante en la vía de regreso del art. 145 LPAC, toda vez que el Jefe de Equipo es designado por la organización, y éste tampoco puede decidir quiénes serán sus componentes porque también están designados por el Hospital.

El concepto de “Trabajo en Equipo” puede *sub-conceptualizarse*⁷⁴ atendiendo a la cualificación de los profesionales que intervienen: a) Será horizontal cuando quienes deciden y ejecutan los actos médicos tienen una especialidad⁷⁵; y, b) Será vertical, cuando los actuantes en los diferentes planos de atención al paciente son un especialista, MIRes u otros a su cargo, y los enfermeros y auxiliares que trabajan conjuntamente.

Como hemos anunciado, tras el Plan Nacional del INSALUD, las iniciativas telemédicas van surgiendo poco a poco, aunque la apreciación general es que está siendo objeto de un seguimiento desigual, si se comparan unas comunidades autónomas con otras⁷⁶. Piénsese que la OMS está acuciando a los

cual fuere la causa por la que precise la asistencia. Pero también supone la probabilidad de que no se obtenga el resultado pretendido, puesto que se el profesional se cruza en el curso natural del cuadro de enfermedad que ha aparecido para invertir esos hechos adversos intentando la sanación. También puede ocurrir lo que vulgarmente se conoce como ser peor “el remedio que la enfermedad”. La ética médica y de enfermería resume muy bien esta situación en los “principios-guía” de beneficencia y no maleficencia: el primero refleja la obligación de elegir la opción que más beneficios entraña para el paciente, y la segunda, contiene la obligación del no-sufrimiento (elegir la opción que menos padecimientos cause, ej: es absurdo hacer numerosas pruebas para descartar patologías en una persona que ingresa en estado semicomatoso, lo lógico es que se le administre sedación terminal). En cuanto a la cursiva, pertenece a RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Op. cit. p. 35 nota 79. Advierte que es una observación originaria de GONZÁLEZ MORÁN, L.

73 Los actos más sencillos son tal vez los de prescripción de los “médicos de cabecera” o de Familia, en los que no se necesita la remisión al especialista. Lógicamente, si la patología entraña complejidad será también complejo su tratamiento, sea éste curativo o paliativo.

74 La expresión es nuestra.

75 Pensemos en una persona aquejada de un cáncer de útero para la que se programa la extirpación del tumor y de la zona afectada. Le atenderán: un ginecólogo, un oncólogo, un cirujano y un anestesiista.

76 Una de las Comunidades más activas es sin duda la de Castilla - La Mancha, como hemos visto en la nota 13 de este trabajo. Desde octubre de 2002 el SESCAM comienza a introducir estas técnicas, procurando la teleasistencia –una de las acciones a acometer según el Plan General del INSALUD- en todos los municipios de su territorio, “dadas las distancias entre ellos que en ocasiones es muy grande”. En junio de 2004 se introduce la videoconferencia para la formación continuada del personal sanitario, al mismo tiempo que el diario “Crónica de Guadalajara” anuncia el visado electrónico de recetas (diario del 03/06/2004: vid. en www.itelemedicina.com.) También se ha de mencionar el “Programa de Ciudades Digitales” del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (vid. www.mityc.es/Ciudadanes/Ciudadanes/guía {URL con acceso el 28-07-2007}) dedicado a la promoción e implantación de la Sociedad de la Información a nivel local, basándose en las redes de telecomunicaciones de alta velocidad, entre las que se incluye la Telemedicina”. Éste ha potenciado el desarrollo de varias experiencias-piloto a través de Convenios con las CCAA. Este programa partió a finales del año 2003 y su finalización está prevista para el año 2007. Si se acude al apartado de “Telemedicina” se ofrece una buena panorámica de todas las acciones llevadas a cabo o en vías.

Estados para que esto se adopte con plenas garantías⁷⁷. Empero, y como en el epígrafe anterior ya hemos hecho un buen repaso de todo ello, aquí nos interesa conocer qué se está haciendo por los médicos para el desempeño de su profesión con la incorporación de las novedades telemédicas.

El INSALUD preveía que la Telemedicina habría de englobar:

- La Teleasistencia, entendida como: teleconsulta o telediagnóstico, televigilancia, teleinterconsulta o telecolaboración entre diferentes médicos;

- La Telegestión o posibilidad de realizar procesos administrativos como citas, petición de pruebas o resultados, consultas documentales a archivos de otros profesionales sean de la Atención Primaria o de la Especializada;

- La Teleinformación a los ciudadanos y profesionales;

- La Teleformación también en estos dos niveles: en forma de campañas preventivas para los usuarios del SNS, y más específicamente, en forma de formación *on line* a los profesionales.

De igual manera que las CCAA los Colegios Oficiales de Médicos también han acogido con desigualdad estos cambios que se auguran profundos. Pese a que todos ellos reconocen la potencialidad de la Telemedicina para el impulso del trabajo en equipo, la obtención de una gestión más ágil de la “segunda opinión” y de determinados diagnósticos.

Por ello son singularmente ejemplificativas las pautas señaladas por el Consejo de Colegios Médicos de Cataluña, las cuales son:

En cuanto a las acciones formativas destaca la realizada por el “Club de Informática Aplicada de la Sociedad Española de Anatomía Patológica” de Pamplona en el 2001, que edita un “Manual de Telepatología” que se puede descargar en www.seap.es/telepatologia/manual.htm {URL con acceso el 28-07-2007}.

⁷⁷ Vid. la Resolución de la Asamblea Mundial de la OMS sobre estrategias de eSalud, publicada en mayo de 2005 donde se recomienda a estos: el desarrollo de las infraestructuras para aplicar a la salud las tecnologías de la información y comunicación, que promuevan su disfrute universal, equitativo y a precio asequible, así como la elaboración urgente de planes estratégicos a largo plazo para concebir e implantar servicios, etc. Puede descargarse de: www.itelemedicina.com/documentos/pdf. {URL con acceso el 28-07-2007}.

A. Referencia a las TICs introducidas en la aprobación de la última modificación del Código Deontológico que data del 24-01-2005, mediante acuerdo del Consejo, en vigor desde el 1 de abril de 2005. Merece especial interés el texto de los arts. 17 y 18, que transcribimos en estas páginas:

“Art. 17. El correo electrónico, como otros medios no presenciales, es éticamente aceptable en la relación médico-paciente, siempre que esté clara la identificación mutua. El médico ha de actuar como lo haría en el ámbito de la relación directa”.

“Art. 18. El médico que sea consultado por correo electrónico, u otros medios equiparables, podrá emitir una segunda opinión, siempre que verifique la suficiencia y garantía de la documentación que se le ha enviado”.

MERCADO CARMONA en sendos artículos⁷⁸ resalta precisamente estas características: a) cambios en la relación médico-paciente, no objetando nada al hecho de que se realice a distancia, salvando la obligación previa de identificarse correctamente; b) si bien esta relación a distancia ha de concertarse fundamentalmente en “las situaciones en las que el médico no pueda estar físicamente en un plazo razonable, si no, es preferible la consulta cara a cara”, puede desenvolverse con total garantía si anteriormente el médico “tiene una relación profesional con el paciente o conocimiento suficiente del problema en cuestión” por medios tradicionales; c) con la correlativa obligación, si se practica la Telemedicina sin haberse procedido previamente a un reconocimiento presencial, de que el facultativo obtenga “un historial completo del paciente” puesto que, sin excepción, “todos los casos deben de estar documentados”⁷⁹.

B. La contratación de los servicios relacionados con las TICs se ha posibilitado a través de una Sociedad llamada “Meditecnología”. Ésta se

⁷⁸ MERCADO CARMONA, C. “La eSalud y el Derecho”, p. 3, y en “La salud y el Derecho - 2ª parte: Directrices del Comité Permanente de Médicos Europeos sobre telemedicina: un documento de interés”, p.p. 7, al final. Se ocupa de otra de las grandes preocupaciones existentes cuando la prestación se realiza a distancia: la identificación de los intervinientes y la evitación del intrusismo profesional.

⁷⁹ La cursiva recoge extractos de las Directrices del citado Comité.

presenta como la “Sociedad del grupo de COMB”⁸⁰. Entre sus actividades figuran: la integración de los servicios digitales en aplicaciones existentes, dotación de aplicaciones informáticas a medida, adopción del sistema SARECAP de análisis de Recetas Emitidas por Centros de Atención Primaria (en régimen de ASP que permite leer el fichero plano de recetas proporcionado por el Servicio Catalán de Salud y extraer datos relacionados con el consumo), etc.

C. Firma Electrónica. A todos los colegiados que lo soliciten se les suministra un certificado colegial para permitir la identificación ante terceros y proteger sus comunicaciones.

D. Creación del servicio WMA: Web Médica Acreditada⁸¹. Si bien parece orientarse únicamente al ejercicio de la medicina privada, ha dado lugar a la elaboración de un Código de Conducta para su uso que puede ser extensivo a los profesionales que trabajen en instituciones públicas. Incluye los siguientes aspectos: identificación y acreditación, contenidos, confidencialidad, control y validación, publicidad y otras fuentes de financiación, consulta virtual e incumplimiento y responsabilidades.

Una vez expuesto ello, debemos entrar en materia, ocupándonos en primer lugar del ERROR DE DIAGNÓSTICO.

Si se hace una lectura de las resoluciones jurisprudenciales de los últimos años⁸², se desprende que éstos pueden producirse por:

- No haberse practicado las pruebas adecuadas a la sintomatología presentada por el paciente por no haberlo considerado necesario el médico actuante, bien por no haber tenido en cuenta as-

pectos relevantes de la Historia Clínica o porque no siguió los protocolos⁸³.

- Anamnesis incorrecta (no haberse procedido a un examen exhaustivo);
- Exceso de confianza en la utilización de la vía del 061: el facultativo decide que la atención telefónica es suficiente, no habiendo acudido de inmediato al domicilio ante la sospecha de la existencia de otras complicaciones⁸⁴.
- Inclusión tardía en las Listas de Espera o con atribución de un tiempo excesivo para ser intervenido⁸⁵.

Todo ello puede ocurrir si el Acto Médico se materializa recurriendo a la Telemedicina. Creemos que deberían retocarse los Protocolos, aprobarse nuevos Códigos de Conductas, o elaborarse guías, una vez que se hayan evaluado las herramientas telemédicas para cada Centro y examinado el resultado de su uso⁸⁶ en los mismos.

Mayor complicación entraña el tratamiento de los problemas que puede originar la INFRACCIÓN DE LA LEX ARTIS en la práctica de la Telemedicina. A fin de no abundar en planteamientos excesivos y complejos por lo casuístico de esta vulneración al ser conectada con la responsabilidad sanitaria, vamos a detraer los siguientes puntos:

1. Responsabilidad en el Acto Médico compartido. La posibilidad de compartir datos sanitarios de

80 Véase su página web: www.comb.cat/cast/med/tecnologia/prjectes/home.htm. {URL con acceso el 28-07-2007}

81 Tiene un espacio diferenciado en: www.comb.es/esp/codi.htm. {URL con acceso el 28-07-2007}

82 Nos referimos a supuestos en los que el error ha sido indemnizable, porque como se sabe hay ocasiones de error en los que si el riesgo no llega a materializarse en el resultado, la Administración no tiene que responder. Ej: DÍAZ - REGAÑÓN GARCÍA - ALCALÁ, C. Op. cit. p.p. 30 á 75.

83 Recordemos que están al margen aquellos casos en los que no haberse practicado la prueba adecuada tiene que ver con la insuficiencia de medios, sea por aparatología, tratamientos médicos o personal disponible, que ya hemos tratado.

84 Recoge esta sentencia en su trabajo, DE LORENZO Y MONTERO, R. Op cit. p. 9, que menciona en su artículo que el fallo pertenece a un Juzgado Contencioso – Administrativo de Bilbao.

85 GUERRERO ZAPLANA, J. Op. cit. p. 186 – 187. Comenta varias sentencias de la Audiencia Nacional producidas entre los años 2000 á 2002 donde se recogen diversas condenas en relación al tiempo excesivo que han soportado determinados pacientes a los que se ocasiona un daño por ello. En todas ellas el fallo no adjudica la responsabilidad a la organización o al servicio asistencial, sino al médico que evaluó la gravedad de la intervención, siendo indemnizado el paciente a través de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”.

86 Esto es: si según los medios disponibles estos van a servir para asegurar la certeza de un diagnóstico o con qué margen de error es posible desconocer éste, si pueden medir la gravedad de una patología o determinar con seguridad tratamientos preventivos, o cuando es pertinente enviar imágenes del paciente –que dependerá de la seguridad de la red-.

un enfermo a través de cualquier red, es uno de los fuertes atractivos de estas técnicas. La Telemedicina se destaca como engranaje clave en la coordinación de la Asistencia Primaria con la Especializada, y sobre todo en la lucha de la reducción de las Listas de Espera, ya comentado (si bien aún no se han mostrado estadísticas). Pero sobre todo tiene relevancia porque permite no sólo el contacto entre varios especialistas a modo de “trabajo en equipo de tipo horizontal”, sino que es capaz de compatibilizar la participación de varios equipos de especialistas con fluidez nunca vista⁸⁷. Son perfectamente trasladables los términos “médico colaborador” para el que actúa en la distancia, y de “médico consultor” para el que realiza la petición, según son utilizados por el Prof. FERNÁNDEZ HIERRO⁸⁸ a propósito de la explicación de las intervenciones plurales. Tal disquisición es precisa a la hora de imputar una responsabilidad, en el caso en que el tratamiento o la intervención proyectada no se hayan desarrollado conforme a estándares de normalidad, e incluso cuando estas actuaciones sean transnacionales (entre diferentes Estados).

Estas “posiciones asistenciales”⁸⁹ son tenidas en cuenta en las Directrices de la Organización Médica Europea (OME) para resolver el reparto de responsabilidad: “*El médico que realice intervenciones médicas utilizando técnicas de telemedicina será responsable de todas las intervenciones que realice*”, y en su párrafo II, afirma que, “*El médico es responsable del tratamiento y demás decisiones que se tomen sobre su paciente aunque haya pedido a otro médico su opinión al respecto*”⁹⁰. No obstante, y en consecuente entronque con la doctrina –ya generalizada– de la individualización de conductas⁹¹ con ocasión del comentado trabajo en equipo, y dado que es obligatorio reflejar las participaciones externas en la Historia Clínica, creemos que a cada uno se

le acabará haciendo responsable de lo suyo. Esto es: aun aceptando que, en la determinación del responsable debe instaurarse como norma general la directriz enunciada por la OME, habría casos en los que cabrá la excepción, por ejemplo, si se piensa en la especificidad de una determinada patología⁹². Así:

- El consultado podría responder por negligencia si cambia el diagnóstico elaborado previamente por su compañero, o por error en el tratamiento, si posteriormente se demuestra que lo establecido inicialmente era lo correcto.

- El consultor responderá siempre que no siga las recomendaciones y prevenciones que le han sido suministradas para tratar al paciente, o si, una vez iniciadas éstas no se dio cuenta de que eran contrarias a toda praxis médica.

2. Teleconsulta y petición de la segunda opinión por el usuario. El art. 4 a) LCCSNS permite al ciudadano solicitar una segunda opinión médica. Hay proyectos en elaboración que proporcionarían a éste dicha información a través de correo electrónico o videoconferencia. El problema radica aquí en la seguridad y calidad que debe proteger el contexto en el que es solicitada. En nuestra opinión:

- Para asegurar la identidad de ambas partes, el sistema debe de estar sustentado en el acceso mediante la tarjeta sanitaria electrónica. El profesional en su respuesta ha de facilitar sus datos profesionales, de contacto físico y del puesto y lugar al que pertenece, aunque el Paciente no tenga dudas sobre las cualidades de aquel al que se dirige.
- Podrían habilitarse puestos informáticos para estos fines en los Centros de Salud de Primaria y en los Hospitales, a fin de garantizar la seguridad de la red a través de la que tiene lugar la petición.
- Será el solicitante mismo quien autorice el envío de documentación y de pruebas que le

87 La coordinación entre varios equipos es más típica en el campo de la investigación médica o de la Salud Pública, que en la de tratamiento y atención a un paciente.

88 HERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Op. cit. p.p. 350 – 351.

89 La expresión es nuestra.

90 MERCADO CARMONA, C. Op. cit. p. 8.

91 O más precisamente, del aislamiento del Acto Médico que causa el daño para identificar a su causante.

92 Piénsese en el tratamiento de enfermedades de difícil aparición o en las tropicales. En estos casos la opinión del experto deberá prevalecer sobre la del consultor, pues es la categoría, dedicación y formación de aquel lo que motiva la consulta, y la confianza en esas variables lo que inspira el proceder del facultativo sobre su paciente.

hayan sido practicadas, que quiere que vea el consultado.

- Entendemos que no podrá utilizarse la “cláusula de exoneración” de responsabilidad, típica de las informaciones generales de la Administración electrónica, por cuanto que en una consulta presencial tampoco cabría esa exoneración.

3. Consentimiento informado. Como es sabido, informar al Paciente de los riesgos, efectos, beneficios, conveniencia y del *modus operandi* de una intervención o de un tratamiento, es obligación del médico y está previsto con carácter general en los arts. 2 y 4 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente⁹³. El consentimiento informado puede calificarse como el extremo más influyente del arquetipo que conforma la *lex artis*⁹⁴, pues su falta, supone el incumplimiento de varios de los deberes impuestos a los médicos⁹⁵. De hecho, en no pocas ocasiones es la piedra angular que decide en un proceso si el daño debe de ser soportado por el paciente por acaecer el riesgo probable, o si el siniestro padecido es antijurídico⁹⁶.

Acudiendo otra vez a las dos aludidas “posiciones asistenciales” del punto 1, va a ser importante señalar de quién es la obligación de recabar este consentimiento. Sujetándonos a la norma general apuntada por la OME y a la preferencia de la presencialidad, recaerá esta labor sobre el Consultor. Sin dejar de lado que éste deberá asegurarse ante el Con-

sultado de que ha entendido bien cuál es la información a transmitir sobre la acción médica de que se trate, no estará de más -siendo muy recomendable a los efectos de ulterior prueba-, que el obligado solicite a su referente un pequeño texto sobre el particular, que incluirá como anexo al documento principal, para ser igualmente consentido por el interesado que estampará también en él su firma.

4. Televigilancia. Se ha previsto para dotar de mayor calidad a la cobertura asistencial continuada en presencia de enfermos crónicos o pacientes con graves problemas de movilidad. El conjunto de medidas expuestas van desde poder hacer rehabilitación en casa por televisión a través de una conexión con el Centro en que se encuentra el fisioterapeuta o monitor que dirige los ejercicios motores, hasta la de colocación de dispositivos móviles que accionan cuando alguien con Alzheimer se pierde, o la atención personalizada de 24 horas para los diabéticos⁹⁷.

No obstante, y aunque siempre va a haber un profesional sanitario ordenando y haciendo un seguimiento de esta asistencia continuada, creemos que por las características propias que presenta, no le será aplicable sin más la Jurisprudencia existente entorno a la infracción del “deber de vigilancia”⁹⁸: han de atenuarse las obligaciones cuando se opte por alguno de estos medios a distancia.

93 Ésta se dedica a establecer los requisitos, situaciones, excepciones, etc, del consentimiento informado.

94 No en vano podemos afirmar que se trata del elemento más objetivo y menos opinable.

95 FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *Op. cit.* 181 – 2002.

96 Como destacan varios tratadistas (entre ellos, FERNÁNDEZ HIERRO, SISO MARTÍN o DÍAZ-REGAÑÓN), el basamento de estos procesos son las pruebas periciales. En presencia de complicaciones postoperatorias o agravamiento de enfermedades para las que existe un porcentaje no desdeñable de curación total, enseguida se reclama al SNS. Si todo ello quedó bien documentado, si la praxis se adecuó al tratamiento prescrito y se dio suficiente información detallada al paciente, no hay indemnización. Para conocer una visión retrospectiva de la responsabilidad de la Administración por inobservancia de la *lex artis* (requisitos): SAN (Sala 4ª), de 19/01/2005, RJCA 2005/837. Fºs Jº 4º y 5º. En cuanto a la clasificación del contenido del consentimiento informado y su génesis en el Consejo de Europa sobre la Biomedicina de Oviedo, vid. p. 107 y ss, de CORBELLÁ DUCH, J., *Manual de Derecho Sanitario. Atelier, Valladolid, 2006.*

97 El periódico *El País* el 31 de mayo de 2007, tanto en la edición en papel como en la digital, se hizo eco del último programa informático a servicio del diabético, llamado “SiDiary”, creado por la empresa SINNOVO, formada por el español, Fernando Rafart y el alemán, Alf Windhorst. Este software instalable hasta en un móvil, permite grabar los datos de 40 medidores de glucosa, conocer cómo la ingesta va a afectar al nivel de azúcar diario de una determinada comida, el consumo de energía si se hace deporte, el pulso y tensión arterial. Hay también una versión, mediante la que es posible enviar informes o avisos al médico por correo electrónico o, en el caso de los menores, que por vía SMS se avise a los padres, si alguno de los datos de ese día es anormal.

98 Cuando se incurre en falta de la vigilancia debida se responsabiliza a la Administración por no haber evitado sus empleados la conducta dolosa o imprudente de la víctima, cuando en ésta se ha observado que cumple un perfil de peligrosidad: por ejemplo, cuando se reclama indemnización por no haberse conseguido evitar el suicidio de un paciente ingresado con diagnóstico de “ideación autolítica”. P. 314, nota 480, MIR PUIGPELAT, O. *Op. cit.*

V. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y TELEMEDICINA: EXCURSO.

El número de conflictos sobre los que se tendrá ocasión de hablar es impredecible. Quedan aún muchas dudas en el aire, incluidos los extremos a los que se pretendía un acercamiento en estas líneas. Las dificultades habrán de ser solucionadas sobre la marcha, conforme se vayan planteando. Algunas de ellas pueden ser vislumbradas tímidamente, si bien es imposible que nos podamos ocupar de ellas en este momento por su imprecisión fáctica. Nos referimos a:

1. El hecho de que la Telemedicina impulsará a determinados médicos fuera de los Hospitales⁹⁹: como profesionales y no como prestadores de un servicio dependientes de la entidad para la que trabajen, que será más llamativo en el caso de los que se encuentren empleados en organismos públicos o concertados. No hay que olvidar el poder mediático de Internet, la facilidad de difusión de toda clase de contenidos y su accesibilidad. Ello puede hacer fracasar campañas de educación sanitaria como las ejercidas sobre la indeseable “automedicación”, o popularizar la inconsciencia sobre el nivel de riesgo de algunas intervenciones y servicios¹⁰⁰. Pero los comportamientos poco deseables, no tienen por qué ser patrimonio exclusivo de los potenciales consumidores. También los facultativos pueden sentirse tentados¹⁰¹, lo que conllevará a que en el futuro se

99 Se piensa en profesionales especialmente requeridos, con prestigio profesional o aquellos que sean objeto de determinadas modas, como los cirujanos plásticos.

100 Y no sólo las relacionadas con la estética, sino también: con las interrupciones voluntarias del embarazo, o con las situaciones que plantean grandes retos para la bioética, como algunos tratamientos para enfermos terminales, la venta de productos con los que obtener una muerte indolora, los vientres de alquiler permitidos en EEUU, etc. La Información que circula por Internet puede ser mal interpretada. La noticia de que se haya producido un avance tecnológico o de que exista un nuevo tratamiento de una enfermedad, no quiere decir que el remedio sea seguro hasta que no se evalúe ni que sirva para todos los casos. Vid. PRIETO MOLINERO, R. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos. Dykinson, 2005, Madrid. Epígrafe titulado: “Internet, o la revolución del concepto “acceso a la información””.

101 Un supuesto límite en el que, sin embargo, se da la razón al médico -pero que puede servir para dar muestra de lo que venimos hablando-, lo encontramos en la STSJ de Cataluña (Sala 3ª), núm. 3898/2002 (Ar. 2002/2029), de 17 de mayo de 2002. Por un Hospital especializado en Urología se demanda por despido disciplinario a un médico del mismo que, junto con otros empleados, había creado una página web en la que

revisen los preceptos dedicados a las incompatibilidades laborales¹⁰², la competencia desleal y la publicidad engañosa en la prestación de servicios médicos, y se introduzca alguna que otra puntualización deontológica necesaria.

2. ¿Será lógico atribuir un coste económico a las consultas telemédicas que se produzcan entre profesionales de distintas Comunidades Autónomas, dadas las compensaciones existentes por atención a los denominados “desplazados”? ¿Deberán ampliarse, por tanto, los supuestos financiados por el Fondo de Cohesión Sanitaria?¹⁰³ ¿Qué se hará si los intervinientes son un médico perteneciente al SNS y otro de una clínica privada. ¿Y si están situados en diferentes Estados?

3. No todas las personas van a celebrar el logro telemédico, y ya hemos dicho que no todo el mundo está igual de preparado teórica y psicológicamente para acercarse a esto. Hay una elevada población mayor que no podrá hacer uso de todas las posibilidades ofrecidas, e incluso puede que no les guste. Si se indaga en lugares remotos, puede ser que al envejecimiento poblacional haya que sumar un alto porcentaje de alfabetismo. A esto hay que sumar a los inmigrantes que tengan o no dificultades con el idioma, tampoco están acostumbrados a estas técnicas. Quiere esto decir que no se podrá recurrir únicamente a la Telemedicina para solventar determinadas situaciones, y que para el paciente han de estar activas las dos ofertas –tradicional y telemédica cuando ésta se quiera implantar- para evitar obstaculizar el acceso a las prestaciones sanitarias.

4. Las novedades sociales también tienen su lado oscuro. Las TICs han propiciado nuevas formas de rastreo de criminales y operaciones delictivas, pero también han contribuido a la modificación de

se solucionaban consultas, haciéndose expresa indicación de que trabajaban en ese Centro. Es despido es declarado improcedente tanto por el Juzgado como por el TSJ, porque consideran que no se trata de una desviación de pacientes, ni captación ilegal, ya que no constaba en la web que el médico en cuestión prestase tratamientos, sino únicamente cuestiones elementales.

102 En sus Directrices la OME opta por la previa autorización para ejercer la Telemedicina en el país del destinatario (donde el paciente tenga su residencia habitual). CARMEN MERCADO, Op. cit. p. 7.

103 La última modificación de la regulación de este Fondo se ha producido mediante el RD 1207/2006, de 20 de octubre.

los tipos objetivos de algunos delitos¹⁰⁴ pues Internet se ha revelado como medio y contexto de perpetración de figuras delictivas ya existentes, y de otras sobre las que los juristas reflexionan para darles un emplazamiento más adecuado¹⁰⁵.

A los fines de este estudio, conviene recordar que se tendrá que estar vigilante: al intrusismo profesional, a la falsificación de recetas u otros documentos, a la afectación del honor y la propia imagen al divulgarse contenidos protegidos, a la usurpación del estado civil y a la venta de productos nocivos que

104 No sólo los relacionados con la propiedad intelectual. También pueden rastrearse la pederastia, el proxenetismo, tráfico de órganos o los delitos contra el honor.

105 Los delitos conocidos pueden quedarse atrás para calificar algunas conductas. El mayor desafío conocido hasta la fecha es tal vez el del llamado "Canibal de Rotemburgo". Armin Meiwes, que asesinó y devoró a otro hombre, Berb Jürgen Brandes, berlinés, que previamente había aceptado ser comido. Ambos contactaron en Internet, respondiendo el segundo a un anuncio que el primero había colgado en un foro de antropófagos, el "Canibal - Café". La noticia saltó a todos los diarios nacionales e internacionales. La Audiencia Provincial de Kassel lo condenó en el año 2004 a ocho años y medio de prisión, apreciándose el homicidio dado que la víctima había consentido tal modo de morir, y además porque el Código Alemán -como los de sus alrededores, siendo tachado por los fiscales como todo un desafío para el Derecho Penal Internacional) no tipifica el canibalismo. La Fiscalía por su parte solicitaba la cadena perpetua por asesinato con motivaciones sexuales y perturbación del descanso de los muertos. No obstante, el Tribunal Federal Supremo (BGH) obligó a repetir el juicio porque a su entender no se había evaluado correctamente la prueba, y el 9 de mayo de 2006 la Audiencia Territorial de Frankfurt revoca la sentencia y coincidiendo con la calificación de la Fiscalía condena al acusado a la máxima pena. Este suceso no dejó indiferentes ni a juristas, ni a profesionales médicos (psiquiatras), ni a sociólogos. Para demostrar la total convicción del sacrificado, Meiwes grabó en una cinta de video todo el ritual, que sirvió para que su abogado defendiera la tesis del homicidio equiparando lo sucedido a una especie de "eutanasia ilegal". Los psiquiatras no dieron su diagnóstico de forma inmediata, e incluso en la Audiencia de Kassel se decidió inicialmente que el autor estaba cuerdo. Lo más impactante fue que Meiwes afirmaba tener contactos en la red con otros 340 sujetos como él, por lo que algunos profesionales de la Sociología, al analizar esta situación, ya la han definido como "patología grupal". La alerta a la policía la dio un estudiante asiduo a estos foros, a quien intimidaba que este personaje afirmase que había probado la carne humana. Varios usuarios habían denunciado sus anuncios en la red en los que pedía encontrar a alguien que deseara ser comido: al parecer estaba buscando una nueva víctima porque se le estaba acabando la carne que tenía en el congelador. Por si fuera poco, los Tribunales han tenido que custodiar fuertemente las tres cintas en que queda grabado todo, pues existe un numeroso público ansioso de visionarlas. Suponen que en el mercado negro de las "snuff-movies" podrían alcanzar los 50.000 ó 60.000.-€. Antes de la condena de la Audiencia Territorial de Frankfurt había rumores sobre la compra de los derechos para hacer una película, y el abogado de Meiwes afirmaba que éste estaba escribiendo una autobiografía para disuadir a quienes tienen las mismas fantasías que él. Al fin, el segundo Tribunal parece zanjar esta locura, con una condena ejemplar, fundada también en el peligro que esta persona supone para los demás, y en la evaluación psiquiátrica final, que estimó que el acusado podría ser perfectamente reincidente en el futuro y que su trastorno era tan grave, que dudaban mucho de que se pudiera curar con terapia.

son adquiridos como supuestos medicamentos¹⁰⁶ en el ámbito de la vulneración de la Salud Pública. En particular a los modos de que se sirvan los delincuentes para burlar los controles de la Brigada de Delitos Tecnológicos de la Policía Nacional.

VI. CONCLUSIONES.

1. La Telemedicina pretende: de un lado auxiliar la labor de los médicos y enfermeros, y de otro, producir efectos beneficiosos en la gestión del sistema sanitario.

2. Su aplicación no va a ser coto cerrado del Sistema Público sino que también los Centros Privados deberán de acogerse a estas innovaciones.

3. La Telemedicina introduce nuevos riesgos en el SNS que recaerán, tanto sobre aspectos organizativos como sobre el factor humano.

4. Para su tratamiento no ayuda el vacío legal existente. Las reformas concretas de la legislación sectorial sanitaria (básica y autonómica), en todo caso se complementarán con las reglamentaciones que impulsen los Colegios de Médicos (que actualmente se constriñe a la previsión deontológica únicamente), con la futura Ley de Administración Electrónica cuando el proceso telemédico sea de naturaleza pública y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, cuando sea de naturaleza privada.

5. El nivel de riesgo estará influido por el grado de dependencia o relación de proporcionalidad entre el resultado a obtener por las técnicas, y la evaluación positiva de los medios que han sido implantados en cada Centro.

6. Debe de ser exigible un mínimo de implicación en las TICs. Al menos el acceso a las bases de datos, el tratamiento de las tarjetas sanitarias digitalizadas, uso de videoconferencias, transmisión de datos a través de Internet, etc.

7. Sería aconsejable recurrir a las acreditaciones y habilitaciones administrativas, que partan, respec-

106 Tristemente famosos son ya: las ventas de pretendidos anabolizantes, hormonas de fertilidad o de la tan traída y llevada "Viagra", amén de diversos "remedios milagrosos" elaborados con opiáceos y anfetaminas.

tivamente, de las Comunidades Autónomas y de los Colegios Profesionales, para proveer servicios telemédicos e identificar a sus actuantes.

8. Una vez obtenidos los requisitos técnicos y de seguridad, deberá plantearse la forma de la que puede recuperarse la inversión realizada y cuál va a ser el grado de implantación, y si conviene avanzar en él.

9. Cuando se consiga una implantación homogénea en la Comunidad Autónoma, se deberá de informar a los ciudadanos mediante las “guías generales” que el SNS tiene obligación de editar a estos fines.

10. Para garantizar un correcto uso de las técnicas telemédicas en las evaluaciones que lleven a cabo las Agencias de Tecnologías de las CCAA, se tendrán que incluir previsiones de modificación de los actuales protocolos de aplicación de los tratamientos.

BIBLIOGRAFÍA:

A. Manuales

1. MIR PUIGPELAT, O. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (Organización, imputación y causalidad). Civitas, Madrid, 2000.
2. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, Sistema de Responsabilidad Médica. 3ª Edición, Comares, 2002.
3. LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G. El error médico. Dykinson, 2003, Madrid.
4. GUERRERO ZAPLANA, J. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Lex Nova, Madrid, 2003.
5. SISO MARTÍN, J. Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica (Un apunte jurídico dirigido a los profesionales sanitarios). Escuela Andaluza de Salud Pública, 2003, Granada.
6. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Médica y Hospitalaria. Boch, Barcelona, 2004.
7. La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales). Marcial

Pons, 2004, Valencia. Coord. LUCIANO PAREJO, A. y otros. “Las Prestaciones Sanitarias del SNS: Catálogo de Prestaciones y Cartera de Servicios”, VIDA FERNÁNDEZ, J. y; “La calidad al servicio de la eficacia en el SNS”, LUCIANO PAREJO, A.

8. VARIOS, Derecho y Nuevas Tecnologías. UOC, Barcelona, 2005. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La Administración Electrónica”.

9. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías. Coord. MURRILLO VILLAR, A. y otro. Editorial de la Universidad de Burgos, 2005 (in memoriam de su XX aniversario).

10. Principios de Derecho de Internet. 2ª Edic. Dir. GARCÍA MEXÍA, P. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. “La Administración Electrónica”, GUILLÉN CARAMÉS, J.

11. PRIETO MOLINERO, R. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de responsabilidad por productos”, Dikynson, Madrid, 2005.

12. CORBELLÁ DUCH, J. Manual de Derecho Sanitario. Atelier, 2006, Barcelona.

13. DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. Responsabilidad Objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares, 2006, Granada.

B. Artículos en Revistas.

1. DE LORENZO Y MONTERO, R. *Diario Médico*. “Telemedicina y Derecho”. Anuario, año 2001.
2. *Revista Española de Administración Sanitaria*. Vol V., nº 19, año 2001. PALAU, E. “Telemedicina: un intento de aproximación desde la gestión sanitaria”.
3. *Revista eSalud*. MERCADO CARMONA, C: Vol. 1, nº 2, año 2005. “La eSalud y el Derecho” y “La eSalud y el Derecho: 2ª Parte: Directrices del Comité Permanente de Médicos Europeos sobre Telemedicina: un Documento de interés”, en Vol. 1, nº 3 año 2005.

C. Documentos.

1. Plan de Telemedicina. INSALUD. Ministerio de Sanidad y Consumo. Enero del 2000.

2. *Diario Europa al día*. Bol. Nº 96, 2003. Directrices de la Organización Médica Europea para la implantación de la Telemedicina.

3. *Código de Deontología y Ética Médica de la Organización Colegial española (1999)*.