

# MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS DEL ÁREA DE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO

Programa On-Line: preguntas y respuestas  
sobre cuestiones bioético-legales



**Servicio Madrileño de Salud**

Dirección General de Atención al Paciente

 **Comunidad de Madrid**

---

# **MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS DEL ÁREA DE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO**

**PROGRAMA ON-LINE:  
PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE CUESTIONES  
BIOÉTICO-LEGALES**



Esta versión forma parte de la Biblioteca Virtual de la **Comunidad de Madrid** y las condiciones de su distribución y difusión se encuentran amparadas por el marco legal de la misma.



[www.madrid.org/publicamadrid](http://www.madrid.org/publicamadrid)



© Los autores  
Depósito legal: M-26.539-2009  
Imprime: BOCM

---

---

## ÍNDICE

<b>Prefacio .....</b>	<b>IX</b>
<b>Presentación .....</b>	<b>XIII</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>XV</b>
<b>I. La información y el consentimiento .....</b>	<b>1</b>
1. El consentimiento informado. Antecedentes .....	1
2. La definición del consentimiento informado .....	7
3. La naturaleza jurídica del consentimiento informado .....	9
4. El patrón de diligencia profesional .....	15
5. La información asistencial .....	17
6. El privilegio terapéutico .....	19
7. El derecho a no ser informado .....	21
8. La relevancia de la información en los procesos por daños .....	21
9. El consentimiento informado y sus formas en la ley de autonomía ..	24
10. El momento de otorgar el consentimiento informado .....	28
11. Situaciones en las que se puede actuar sin consentimiento informado .....	30
12. El consentimiento por representación. Especial referencia a los menores .....	32
12.1. La incapacidad .....	33
12.2. La representación .....	34
12.3. El menor de edad .....	38

12.4. La patria potestad .....	40
12.5. La mayoría de edad .....	42
12.6. El menor emancipado.....	43
12.6.1. La emancipación por concesión.....	44
12.6.2. Emancipación por matrimonio.....	45
12.6.3. El menor que vive con independencia .....	48
13. La autonomía de la voluntad .....	48
14. La denominada mayoría de edad sanitaria .....	49
15. El conflicto de bienes jurídicos protegidos: la patria potestad y la autonomía de la voluntad del menor maduro.....	54
Caso I. Formalidades del documento de consentimiento informado.....	58
Caso II. Sobre qué tipo de actuaciones sanitarias requieren consentimiento escrito o verbal.....	59
Caso III. Obligaciones de información .....	62
Caso IV. Alternativas de tratamiento y alcance de la información ...	63
Caso V. Alcance de la información asistencial .....	65
Caso VI. Determinar si una prueba concreta precisa consentimiento informado documental.....	67
Caso VII. Consulta sobre menor embarazada .....	69
<b>II. La intimidad.....</b>	<b>75</b>
1. Terminología .....	75
2. El derecho a la intimidad.....	79
2.1. Referencia al derecho español .....	82
3. Consideraciones bioéticas .....	88
4. Secreto profesional médico .....	93
4.1. Aspectos constitucionales y legales .....	94
4.2. La responsabilidad por incumplimiento del secreto médico .....	97
4.2.1. La responsabilidad penal por incumplimiento del secreto profesional.....	98
4.2.2. Divulgación de los secretos de otra persona por profesionales .....	98

4.2.3. Revelación de los secretos ajenos por razón del oficio o relaciones laborales .....	100
4.2.4. Delitos que protegen la intimidad de los datos objeto de tratamiento automatizado .....	101
Caso I. Paciente diabético y conducción .....	102
Caso II. Solicitud de grabación de la conversación con un médico mediante un teléfono móvil .....	107
Caso III. Solicitud de información clínica de una familia ante una posible situación de riesgo para menores .....	107
Caso IV. Información sobre la habitación en que se encuentra un paciente .....	109
Caso V. Acceso por un trabajador de un centro sanitario a datos de carácter personal .....	111
Caso VI. ¿Qué problemas puede plantear dejar un mensaje en el contestador para confirmar la cita de un paciente? .....	112
Caso VII. Intimidad e información: ¿Tiene la madre derecho a que se oculte al padre la infección por VIH/Sida que tiene el hijo de ambos? .....	113
Caso VIII. Solicitud de historia clínica de paciente fallecido .....	117
<b>III. La historia clínica .....</b>	<b>119</b>
1. Concepto .....	119
2. Finalidad de la historia clínica .....	123
3. Importancia de la historia clínica .....	127
4. Elementos y características de la historia clínica .....	129
5. Contenido de la historia clínica .....	142
6. Propiedad de la historia clínica .....	144
7. Usos de la historia clínica .....	147
8. Cesión de la historia clínica .....	148
9. Conservación y custodia de la historia clínica .....	149
10. Acceso a la historia clínica .....	151
11. Historia clínica electrónica .....	158
12. Conclusiones .....	162

Caso I. Acceso a la historia clínica por parte de los trabajadores sociales .....	163
Caso II. Acceso a la historia clínica con fines judiciales .....	168
Caso III. Tratamiento de las anotaciones subjetivas .....	169
Caso IV. Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras.....	171
Caso V. Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado .....	174
Caso VI. Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados .....	180
Caso VII. Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido .....	182
<b>IV. Otras cuestiones .....</b>	<b>187</b>
1. Decisiones al final de la vida: nutrición e hidratación artificiales .....	187
1.1. Importancia de la reflexión ética .....	187
1.2. Los juicios de valor no técnicos en la relación clínica.....	190
1.3. Decisiones al final de la vida en relación con la salud .....	191
1.4. Intervenciones inadecuadas .....	193
1.5. El principio del doble efecto o del voluntario indirecto.....	194
1.6. Los cuidados paliativos.....	196
1.7. Nutrición e hidratación artificiales: ¿cuidados básicos o medidas terapéuticas? .....	198
1.8. Formulación de una regla general: el principio de proporcionalidad .....	202
1.9. ¿Qué se entiende por limitación del esfuerzo terapéutico? .....	205
Caso I. Limitación del esfuerzo terapéutico .....	206
2. Reproducción humana asistida .....	213
2.1. Introducción: referencia a la regulación de la reproducción humana asistida en los países de nuestro entorno cultural.....	213
Casos de acceso por la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida .....	215
Caso I.....	215
Caso II .....	216
Caso III. Utilización de semen criopreservado por el cónyuge supérstite como consecuencia de enfermedad previa del marido .....	219

3. Asistencia a pacientes desplazados de otras comunidades autónomas .....	221
Caso I.....	221
4. Posibilidad de abandonar el puesto de trabajo por necesidad de tener que prestar asistencia sanitaria externa y urgente .....	223
Caso I.....	223
5. Asistencia sanitaria prestada a dos menores (14 y 16 años) en relación con las lesiones originadas en el curso de una actuación policial .....	226
Caso I.....	226
6. Violencia de género .....	228
Caso I.....	228
7. Trasplante de riñón .....	233
Caso I.....	233
8. Cambio de nombre en la historia clínica por cambio de sexo .....	241
Caso I.....	243
9. Objeción de conciencia .....	245
9.1. La tensión originada por la objeción de conciencia sanitaria ....	247
Caso I.....	250
10. Salud mental y psiquiatría .....	252
10.1. El consentimiento informado en psiquiatría .....	253
10.1.1. Aplicaciones prácticas .....	255
10.2. Intimidad y confidencialidad en psiquiatría.....	259
10.2.1. Confidencialidad y tratamiento psiquiátrico del menor ....	261
Caso I. Consentimiento informado para el internamiento voluntario en un hospital psiquiátrico .....	265
Caso II. Internamiento por riesgo de suicidio .....	268
Caso III. Internamiento psiquiátrico voluntario y negativa al tratamiento .....	269
Caso IV. Consentimiento informado y deficiencia mental.....	270
Caso V. Representante legal en tratamiento psiquiátrico .....	271
Caso VI. Dudas sobre el consentimiento informado para la terapia electroconvulsiva (TEC) .....	273
Caso VII. Información a una paciente esquizofrénica .....	274

Caso VIII. Tratamiento de deshabitación alcohólica a un penado..	276
Caso IX. Rechazo del tratamiento farmacológico y evaluación de la capacidad .....	277
Caso X. DNI y dispensación de benzodiazepinas .....	279
Caso XI. Atención sanitaria a menores en Salud Mental .....	279
<b>Anexo I. Extracto del reglamento del Programa On-Line de orientación sanitaria .....</b>	<b>285</b>
<b>Anexo II. Relación de casos prácticos .....</b>	<b>289</b>

---

---

## PREFACIO

Una de las cuestiones más interesantes que se han producido en los sistemas públicos de salud y en el ámbito de la relación clínica, en particular, es la importancia que se atribuye en los momentos actuales a la ética o, por mejor decirlo en nuestro marco, a la bioética.

La ética aplicada a la vida, constituida ya como bioética, ha sido objeto de una expansión como hace poco tiempo no se podía imaginar. En concreto, desde su origen en el círculo restrictivo de la vida, ha desembocado en el contexto de las ciencias de la salud. Sin embargo, no ha parado en estos apartados, ya de por sí muy extensos, pues en el momento presente se está instalando en el mundo de la ecología y, por si fuera poco, en el respeto hacia las generaciones venideras, que en el futuro inmediato tendrán que vivir en un planeta entregado por todos los que ahora lo habitamos en las mejores condiciones posibles.

Ocurre, sin embargo, que, a veces, cuando los criterios éticos han sido suficientemente debatidos por la sociedad, es necesario normativizarlos, esto es, convertirlos en leyes, pues se trata, ni más ni menos, que de encontrar criterios fijos que faciliten la convivencia en la sociedad y la armonía entre todos los intereses concernidos en el caso concreto.

Bioética y ley son, pues, en ocasiones, caminos convergentes, pues de nada serviría, por ejemplo, afirmar un valor tan importante como el de la vida, si después no hubiera una ley que sancionara decididamente su

trasgresión. Sin embargo, lo expuesto no significa que la ley pueda abarcar todas las cuestiones o que no haya, en algún caso concreto, motivos para efectuar una crítica moral a una norma determinada, ya que la moral y el derecho, la ética y la ley, no tienen siempre y necesariamente que desembocar conjuntamente en una misma decisión.

La complejidad de la relación clínica es hoy un hecho conocido. Los médicos, y en general todos los profesionales sanitarios, tienen que ajustar su actividad, al mismo tiempo, a un conjunto de valores cada vez más difícil: deben hacer lo que sea preciso, asistencialmente hablando, en beneficio del paciente; al mismo tiempo, tienen que respetar su autonomía, lo que no siempre coincide con el valor anterior; por último, han de cumplir rigurosamente con los dictados de la sociedad, que se expresa generalmente a través de la ley, y que constituye lo que tantas veces se denomina principio de justicia.

La obra que ahora se presenta, *Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa On-Line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales*, constituye una forma de prestar ayuda al ámbito sanitario desde una perspectiva neutra, cual es la que representa la Consejería de Sanidad en cuanto titular del interés general y que tiene como única finalidad arrojar luz en las difíciles decisiones o dilemas que se les plantean diariamente a los profesionales sanitarios. Además, el servicio que se presta responde a los dictados de una Administración moderna, desde el momento en que se lleva a cabo a través de la red, dado que se trata de un Programa On-Line.

El Manual de casos prácticos permite que la experiencia del servicio esté al alcance de cualquiera que lo necesite. Es verdad que no es posible trasladar todos los casos a la obra que se presenta, pues sería imposible, pero permite reflexionar sobre los casos más importantes o más repetitivos, lo que seguramente contribuirá a que en adelante se solucionen de mejor manera.

Por último, el trabajo que ahora presentamos no constituye un punto final, sino, al contrario, un punto de partida, porque es deseable que en un futuro inmediato se puedan presentar otras experiencias que sirvan de guía o ayuda para el correcto funcionamiento de nuestro Sistema Público Madrileño de Salud. No se puede olvidar que los aspectos bioéticos constituyen un signo de la calidad de la asistencia, y en la medida en que están dotados de un dinamismo, deben responder siempre a una situación actual.

ANA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ  
*Vicenconsejera de Asistencia Sanitaria*



---

---

## PRESENTACIÓN

Es para mí un placer presentar el libro *Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa On-Line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales*.

Se trata de una obra fruto de un trabajo reflexivo y pensado desde hace ya un tiempo. En sus comienzos, con la finalidad de planificar el trabajo y progresar de manera adecuada, se constituyó un “programa piloto” en el Área 7, correspondiente al Hospital Clínico Universitario, con inclusión de la atención correspondiente al ámbito de Atención Primaria.

Cabe decir que la citada experiencia constituyó un éxito en el sentido de que respondió a una necesidad evidente, tal y como lo demostraron las consultas planteadas y las respuestas emitidas. En consecuencia, el programa se fue ampliando hasta alcanzar a todas las Áreas de la Comunidad, situación que es la existente al día de hoy.

Se ha puesto una atención especial, en lo que se refiere a la ayuda que se debe prestar en el campo bioético-legal, a los hospitales y centros de nueva creación, para que desde su inicio, además de una asistencia, docencia o investigación de primera calidad, dispongan de las herramientas e instrumentos necesarios para hacer frente a las decisiones conflictivas que se puedan plantear en la relación clínica y se rearmen en el campo de los valores, ya que este es el fundamento último de la bioética.

El libro expone casos prácticos de interés, sistematizados debidamente, de manera que su comprensión esté justificada y legitimada por una previa exposición rigurosa sobre la materia.

Por último, pensamos que se trata de devolver a la ciudadanía y a los profesionales sanitarios de nuestro sistema unos conocimientos adquiridos que les pueden ser útiles en el ejercicio de sus derechos y deberes.

ELENA JUÁREZ PELÁEZ  
*Directora General de Atención al Paciente*

---

---

## INTRODUCCIÓN

Constituye un hito importante en la historia de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid la creación del Área de Bioética y Derecho Sanitario.

En la situación actual, nadie duda de que las decisiones en el ámbito de la salud se tienen que tomar, en ocasiones, en un marco de incertidumbre, al estar condicionadas por muchos factores que no pueden controlarse totalmente. En ocasiones, el médico, u otro profesional sanitario, puede reaccionar de forma diferente ante una misma actuación diagnóstica o terapéutica, por lo que es cada vez más importante que el propio paciente participe en la valoración de los beneficios y riesgos de las intervenciones que puedan llevarse a cabo. Ahora bien, la complejidad del mundo actual determina que los ciudadanos, sus familias y los profesionales sanitarios tengan diferentes escalas de valores, produciéndose en ocasiones los conflictos éticos o normativos correspondientes.

La sensibilidad de la Administración sanitaria de la Comunidad de Madrid ha estado a la altura de las circunstancias y de los tiempos presentes. Conviene tener en cuenta que el entorno en que se desarrolla la relación clínica viene condicionado, en gran medida, por varios elementos: los avances técnicos en medicina que han trasladado la atención, exclusivamente centrada en el enfermo, hacia la capacidad más técnica del médico y hacia los recursos necesarios; la posibilidad de

interferir médicamente en los momentos críticos entre la vida y la muerte; la conciencia de que la tecnología y la investigación médica se pueden volver en contra del paciente y la certeza de que la ciencia por sí misma, en su devenir, puede poner en peligro la dignidad humana por prácticas inadecuadas de la biología y la medicina.

Lo que se ha expuesto no son solo palabras, pues así se reconoce en el preámbulo del llamado Convenio de Oviedo<sup>1</sup>. Por otro lado, los continuos avances en biotecnología, la investigación sobre el genoma humano y sus aplicaciones médicas, la terapia génica y la farmacoterapia, han hecho aumentar las esperanzas sobre la curación de muchas enfermedades y sobre la prolongación de la vida, dando lugar a nuevas realidades que obligan a tomar decisiones cuyo alcance excede del ámbito individual y del institucional.

Se necesitan, pues, foros multidisciplinares, plurales e independientes que deliberen sobre las cuestiones expuestas y analicen las distintas opciones posibles, con el objetivo último de defender los derechos de los pacientes.

Una de las funciones del Área de Bioética y Derecho Sanitario ha sido la puesta en funcionamiento del Programa On-Line de Orientación Sanitaria, cuya finalidad es llevar a cabo una labor de asesoramiento e información al mundo médico y al personal de enfermería sobre aquellas cuestiones ético-normativas que se suscitan en el seno de la relación clínica, con exclusión de cualesquiera otras consideraciones. En concreto, no pueden formularse consultas de índole laboral, económica o disciplinaria, quedando excluidas en general aquéllas no referidas

---

<sup>1</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicaciones de la biología y la medicina, firmado en Oviedo en 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 y vigente desde el 1 de enero de 2000.

a la relación profesional sanitario-paciente (los detalles más concretos se contienen en el anexo correspondiente de esta obra).

Con dicho programa se pretende conseguir un triple efecto beneficioso: en primer lugar, para los usuarios o pacientes que estarán más satisfechos con el servicio público, al contemplarse de manera individual no sólo sus derechos, sino también sus deseos y valores; en segundo lugar, para los profesionales, que obtendrán la garantía de que su decisión es la adecuada desde el punto de vista bioético y normativo; por último, para la propia Administración sanitaria, ya que se pretende que se reduzcan gradualmente, hasta donde sea posible, la existencia de conflictos y las indemnizaciones correspondientes en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Así pues, con este último efecto beneficioso se lograría mejorar sustancialmente la relación médico-paciente, o sanitario-paciente, además de contribuir de una forma muy notable al sostenimiento y reforzamiento del sistema sanitario, algo verdaderamente necesario, dada la necesidad de optimizar los recursos limitados de que dispone la Administración.

Asimismo, hay que considerar que la función del Área de Bioética y Derecho Sanitario se sitúa en la misma órbita que la Orden del Consejero de Sanidad por la que se establecen las directrices y líneas generales para la elaboración de planes de prevención y atención frente a potenciales situaciones conflictivas con los ciudadanos en los centros e instituciones sanitarias públicas<sup>2</sup>. En particular, los planes de prevención y atención de los centros van dirigidos, entre otros fines, a prevenir situaciones de tensión y conflicto entre los profesionales sanitarios y los pacientes o usuarios de la sanidad pública. Pues bien, ha de tenerse en cuenta que esta es una de las finalidades pretendidas por el Área de Bioética y Derecho Sanitario, que asesora, informa y hace las recomendaciones oportunas en cuantos aspectos le sean solicitado

---

<sup>2</sup> Orden 212/2004, de 4 de marzo.

sobre los conflictos en la relación clínica; igualmente, informa a los profesionales sanitarios sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, pues no debe olvidarse que todas las unidades de la Administración sanitaria de la Comunidad deben servir con objetividad al interés general sanitario.

La originalidad del proyecto estriba en que combina, de manera adecuada, los aspectos bioéticos y normativos, ya que ambos son necesarios para la finalidad pretendida. En particular, al mundo médico-sanitario no se puede llegar exclusivamente con los imperativos categóricos que resultan de la aplicación de los artículos de una ley o de cualquier otra norma, ya que el llamado por ellos mundo administrativo se vive en ocasiones como un obstáculo en el ejercicio profesional y en la práctica clínica, siendo estos últimos aspectos los que ellos consideran verdaderamente importantes. En cambio, la aproximación bioeticista, sin perjuicio de la ulterior normativa, tiene una entrada más franca entre los profesionales de la salud, porque se entiende que se trata fundamentalmente de resolver un problema ético-normativo y en tal sentido todos ellos se muestran concernidos por el asunto.

Se trata, por tanto, de un proyecto innovador, absolutamente original, sin precedentes en el Sistema Nacional de Salud y que lleva a cabo su trabajo en tiempo real, demostrando que es posible en la Administración pública la agilidad y la eficacia. Además, es importante devolver a la sociedad (ciudadanos, pacientes y profesionales sanitarios) la experiencia adquirida en forma de publicaciones adecuadas, llevándose a cabo, por último, las actividades normativas y docentes oportunas, así como las de investigación precisas.

En definitiva, el Área de Bioética y Derecho Sanitario pretende contribuir al logro de la nueva cultura emergente en España, y en particular en la Comunidad de Madrid, mediante una ayuda a los profesionales sanitarios en dos ámbitos importantes al mismo tiempo: el primero de ellos en el ámbito bioético puro, esto es, estableciendo recomendaciones

sobre la forma de afrontar los conflictos desde una necesaria neutralidad y con carácter preventivo, de suerte que puedan dirigirse al Área en demanda de consejo e información; en segundo lugar, mediante una adecuada aproximación al ordenamiento jurídico sanitario, con la finalidad de que los problemas se enmarquen necesariamente en las normas que gobiernan nuestra convivencia en el ámbito de la salud.

Se pretende, en resumen, la asunción de un liderazgo sobre estas cuestiones, que haga que la Consejería de Sanidad, pionera en este campo, ofrezca al mundo sanitario los instrumentos precisos para el ejercicio correcto de su función y, al mismo tiempo, que todo ello redunde en beneficio de la ciudadanía.

Una consecuencia de lo expuesto es el presente *Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa On-Line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales*.

El citado Manual responde a un trabajo colectivo e interdisciplinar de los componentes del Área de Bioética y Derecho Sanitario, que ha exigido, en primer lugar, seleccionar, dentro de la ingente cantidad de dictámenes evacuados, aquellos más representativos en razón de su trascendencia, repetición o importancia. Ya se comprenderá que no es posible incluir en el libro la totalidad de la experiencia adquirida hasta el momento. Por otro lado, hay que tener en cuenta que los temas incluidos no agotan, ni mucho menos, el universo de las preguntas y respuestas, lo que significa que se deja abierta la puerta para continuar en el futuro con nuevas publicaciones que contribuyan al conocimiento global de los problemas. Es decir, el método de trabajo ha consistido, en primer lugar, en inventariar las situaciones controvertidas y frecuentes a las que se enfrentan los médicos y otros profesionales sanitarios en el ámbito de la relación clínica. Seguidamente, se han analizado, siempre que el caso lo ha requerido, las variables científicas o clínicas, éticas y jurídicas, para terminar estableciendo una decisión o recomendación prácticas.

El objetivo último del Manual ha sido el de contribuir a la creación de una herramienta útil en la labor de los profesionales, que les ayude a desarrollar, de una forma segura jurídicamente y correcta desde el punto de vista ético, la asistencia sanitaria a los pacientes. Y todo ello mediante la aplicación de un sistema de trabajo que, hasta la fecha, ha demostrado una gran eficacia y una absoluta falta de conflictividad.

Finalmente, interesa reseñar que toda esta labor de asesoramiento asistencial “en tiempo real” y toda la actividad investigadora que supone analizar y sistematizar de forma adecuada las múltiples y, en ocasiones, complejas cuestiones que se exponen en este libro, vienen siendo complementadas con una labor de enseñanza ininterrumpida en la Agencia Laín Entralgo. Así, son ya muy numerosos los cursos monográficos que sobre diferentes aspectos ético-normativos de la relación clínica se han realizado por el equipo de profesionales del Área, contribuyendo con ello a hacer más útil y cercano el asesoramiento on-line a los profesionales sanitarios.

JAVIER SÁNCHEZ-CARO  
JESÚS SÁNCHEZ-CARO  
VÍCTOR MANUEL TORRES SOLANAS  
JUAN JOSÉ ZAMARRIEGO MORENO  
COORDINADOR: JAVIER SÁNCHEZ-CARO

## LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO

### 1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ANTECEDENTES

Comenzar ahora a exponer la invasión del principio de autonomía frente al tradicional y clásico principio de beneficencia que regía la actividad sanitaria carece de interés. En primer lugar porque se trata de un asunto superado por la amplia doctrina y la normativa y, en segundo lugar, la jurisprudencia se ha encargado de modular y matizar adecuadamente los conceptos.

Resulta evidente que en la actualidad gran parte de los principios bioéticos han sido incorporados a la normativa que en virtud de su pretensión imperativa trascienden de su origen.

Es un hecho irrefutable que con el transcurso del tiempo la jurisprudencia ha modulado, perfilado y concretado diversos conceptos relacionados con el consentimiento informado, con tal profusión que es raro no encontrar apoyo jurisprudencial a cualquier argumentación en relación con el citado instituto. Por ello, en la medida de lo posible, tomaremos como notas de referencia textos legales y jurisprudencia, porque a fin de cuentas y con independencia de la influencia de la doctrina en ambas, los asuntos se resuelven en los Tribunales por lo que la utilidad de la cita parece indiscutible.

Suele ocurrir que a efectos didácticos y metodológicos se suelen remontar los autores a tiempos pretéritos. No creemos que sea de utilidad

a estas alturas. Solamente como referencia citemos que en España hay precedentes incluso preconstitucionales. Así, la Orden Ministerial de 7 de julio de 1972 que aprueba el reglamento general para el régimen, gobierno y servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social estableció en su artículo 148.4 que “el enfermo tendrá derecho a autorizar las intervenciones quirúrgicas o las actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio o previsible”.

El Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, que regula las garantías de los usuarios de los hospitales públicos señaló en el apartado c) del artículo 13 una serie de derechos de los pacientes, si bien este decreto fue declarado nulo por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por Sentencias de 29 de abril y 10 de diciembre de 1982, como consecuencia de omitir el informe preceptivo del Consejo de Estado. En dicho artículo del decreto declarado nulo, se recogía la obligación de los establecimientos sanitarios y de su personal de obtener la previa conformidad y consentimiento expreso y escrito del enfermo para aplicar medios terapéuticos, o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida, o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y la gravedad del caso hagan indispensable a juicio del facultativo la intervención inmediata.

Con posterioridad, promulgada ya la Constitución Española de 1978, el INSALUD difundió en 1984 un documento que incluía un denominado Plan de Humanización de los Hospitales de su red y que se titulaba “Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria Hospitalaria”, que venía identificado con el número 1.430. En el citado documento, que recogía una Carta de derechos y deberes de los pacientes, en su punto 5 decía lo siguiente: El paciente tiene derecho a la libre determinación entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso su consentimiento expreso previo a cualquier actuación, excepto en los siguientes casos:

- Cuando la urgencia no permita demoras.

- Cuando el no seguir tratamiento suponga un riesgo para la salud pública.
- Cuando exista imperativo legal.
- Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas legalmente responsables.

La posterior promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que en su artículo 10 recogía los Derechos frente a la distintas administraciones públicas sanitarias, estableció en su punto 6 que “Todos tienen derecho respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias...: a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> STS núm. 743/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 29 julio. El consentimiento informado, por su propia naturaleza, como ha quedado expuesto al examinar el motivo primero de casación, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la LGS (RCL 1986, 1316) tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente. En consonancia con este principio, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem [a los efectos de la prueba] (SSTS 2 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7405], 26 de enero de 1998 [RJ 1998, 550], 10 noviembre 1998 [RJ 1998, 8819]; 2 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9206]; 2 de julio de 2002 [RJ 2002, 5514]) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de

Curiosamente se ha atribuido la redacción del artículo 10 de la ley general de sanidad de 1986 a la transcripción literal del contenido de la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes que incluía este Plan de 1984, ya que, como recoge COBREROS MENDAZONA<sup>4</sup>, la tramitación parlamentaria de la Ley no incluyó derechos de los pacientes, por lo que se tuvo que recurrir, para su rápida tramitación, a los que figuraban en dicho Plan, siguiendo la Recomendación 51/1984 del Defensor del Pueblo al Ministerio de Sanidad que literalmente decía “que la Ley General de Sanidad ordene el catálogo de los derechos y deberes de los enfermos y usuarios y de los profesionales integrados en el sistema público de salud en desarrollo de lo que preceptúa el artículo 43.2 de la Constitución, que hace expresa reserva de ley para esta materia con doble fundamento jurídico-constitucional” (el artículo 43.2 de la Constitución señala que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”).

Como se verá, algunos de sus preceptos quedan prácticamente transcritos, pero en el punto cinco de tales derechos dice “el paciente tiene derecho a la libre determinación entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso su consentimiento expreso, previo a cualquier actuación, excepto en los siguientes casos [...]”,

---

las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004 [RJ 2004, 456], 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 rec. 189/1999 [RJ 2005, 8891]), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003 [RJ 2003, 3916]), como exige hoy la LAP (RCL 2002, 2650). La falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Esta jurisprudencia es acorde con la seguida por la Sala Tercera de este Tribunal (verbigracia, SSTS, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000 [RJ 2000, 3258] y 3 de octubre de 2000 [RJ 2000, 7799]), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, de 4 de abril de 1995.

<sup>4</sup> COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud* Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco 1988.

es decir, cuando se pensaba que la inclusión del término consentimiento escrito era atribuible a dicho Plan de Humanización, se pone de manifiesto que para nada incluye el término consentimiento escrito sino expreso. Como se vio, la inclusión del término “escrito” en la ley general de sanidad de 1986 es precisamente el que ha dado lugar a multitud de problemas que la jurisprudencia se ha encargado de matizar. A pesar de ello, hay autores que entienden, en este ámbito sanitario, que el consentimiento expreso debe ser escrito. No les falta razón ya que afectos probatorios la facilidad de la prueba documental resulta evidente frente a lo oneroso de la prueba testifical. Sin embargo debe admitirse que un consentimiento verbal es asimismo un consentimiento expreso.

Entre ambos, se promulgo la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que dedica el Capítulo IV, y concretamente su artículo 13.1 al derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva en la que han de reseñarse los riesgos previsibles. Entendiendo la forma actual del desarrollo de la actividad sanitaria como un servicio público, hay quien ha querido acoger distintas reclamaciones al amparo de este cuerpo legal, que señala una clara responsabilidad objetiva, en cuanto alude a los “servicios”. Por ello y durante algún tiempo, acogió la jurisprudencia el sentir de que incluye los servicios sanitarios<sup>5</sup>. El periodo a que nos referimos alcanza hasta 1997<sup>6</sup>, concretamente en algunos casos de lo que se conoce como “deficiencia asistencial”, aunque con posterioridad

---

<sup>5</sup> Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

“Artículo 1.2 A los efectos de esta Ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, Sala 1ª. Dicha sentencia, en el extremo que nos ocupa, dice: “De los motivos aducidos, se examinan en primer

decaió para ser aplicada la ley general de sanidad en los litigios derivados de la asistencia sanitaria.

El 1 de enero de 2000 entró en vigor en España el denominado Convenio de Bioética del Consejo de Europa<sup>7</sup>, ratificado el 20 de octubre de 1999. En dicho Convenio se establece, como regla general, en su artículo 5 que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la

---

lugar, el segundo y el tercero para evitar en lo posible repeticiones o argumentaciones inconducentes, dada su correlación. Se apoyan ambos en el art. 1.692.4º de la LEC y denuncian infracción por inaplicación de los art. 1 y 28 de la LCU. Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del art. 1º de la expresada ley, que el recurrente, en cuanto persona física que utiliza unos “servicios”, reúne la condición de “usuario”, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Conforme al sistema de garantías y responsabilidad que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo, el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente, el apartado 2 del art. 28, que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil, incluye entre los sometidos a su régimen los “servicios sanitarios”, conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el Insalud. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño, que consistió... En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen además posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de suyo o deben impedir por regla general, las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica...”

<sup>7</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997, hecho en Oviedo y ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999.

intervención así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá libremente retirar su consentimiento”. Véase cómo en este nuevo texto legislativo existe ya un cierto grado de modulación en cuanto a la forma de prestación del consentimiento, ya que no alude en modo alguno a cómo deba ser realizado.

Diversas Comunidades Autónomas, sobre la base del citado Convenio de Oviedo promulgaron normas relativas a derechos de los pacientes, y en ellas se hace ya no sólo referencia al consentimiento informado, sino que lo define con detalle, como sucedió con la de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia<sup>8</sup>.

Así, se llega a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde todas estas debatidas cuestiones quedan resueltas.

## **2. LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Lo que pueda entenderse, desde el punto de vista jurídico conceptual, por consentimiento informado en el ámbito sanitario, aparece recogido

---

<sup>8</sup> Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Artículo 3. Definición del consentimiento informado.

A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables. La prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico.

en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y más concretamente en su artículo 3, Las definiciones legales:

“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

No puede olvidarse de dónde trae causa esta definición legal, que no es otra que el recogido en el artículo 2.1. de la citada Ley: La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. El sustrato conceptual, por tanto, tiene su eje en la dignidad de la persona y el respeto a la autonomía de su voluntad, dando al traste con el clásico principio bioético de beneficencia que tradicionalmente regía en las relaciones médico-paciente.

Ya puede deducirse “ab initio” que se incorporan dos elementos claves:

- elemento volitivo (querer): el consentimiento
- elemento cognitivo (saber): la información

Dicho en otros términos<sup>9</sup>:

1. Criterio volitivo: que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.

---

<sup>9</sup> GISBERT, J. A. *Medicina Legal y Toxicología*. Fundación García Muñoz, 3ª ed. Valencia 1984.

2. Criterio cognitivo: que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.

Si consultamos ahora el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, aparece no sólo la definición del consentimiento encuadrado en el ámbito del Derecho, sino más concretamente en los términos del Derecho sanitario:

Consentimiento.

1. m. Acción y efecto de consentir.

2. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

3. m. Der. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

~ informado.

m. Der. El que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.

### **3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Llegar a la definición expuesta en la ley de autonomía, no ha sido tarea fácil desde el punto de vista jurídico.

Aunque, como a continuación se verá, es preciso traer causa de la relación contractual, no cabe duda de que el consentimiento informado trasciende de la mera relación negocial. Es un consentimiento distinto del que se precisa para comprar o vender; es un consentimiento que afecta a un bien jurídico constitucionalmente protegido y se asocia por ello a la dignidad de la persona y a su libertad.

La teoría general del derecho tiene su asiento fundamental en el Código Civil, y en ese primer cuerpo legal no define lo que pueda entenderse por consentimiento, aún cuando dedique una Sección (la Segunda

del Capítulo II del Título de los Contratos), expresándose en los siguientes términos, artículo 1262 “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”<sup>10</sup>.

El Código Civil no hace especial referencia a la información sino sólo alude a los vicios del consentimiento, el error, la violencia, la intimidación y el dolo<sup>11</sup>.

Esta aproximación conceptual sirve para examinar la complejidad que en sí mismo encierra el nuevo concepto de “consentimiento informado” que, aún cuando utilizado en el ámbito sanitario, no es exclusivo del mismo ya que también aparece en otras normas, por ejemplo, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que en su artículo 3 “Definiciones” epígrafe h), define lo que se considera a los efectos de esta Ley el Consentimiento del interesado: “Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

---

<sup>10</sup> Véase la posibilidad que establece al final de este artículo en relación con la manifestación de la voluntad “mediante dispositivos automáticos”, que abre la puerta a la tecnología informática y la plasmación del consentimiento informado electrónico (ya sea mediante firma digital reconocida, firma digital avanzada u otro medio).

<sup>11</sup> CC. Art. 1265. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

En conclusión, en el momento actual, el elemento cognitivo, la información es de extraordinaria relevancia, por ello merece que a continuación nos detengamos en ello siguiendo los criterios de la Ley de Autonomía.

Sobre la concreta naturaleza jurídica del consentimiento informado, discute la doctrina, para encuadrarlo en una plasmación de voluntad contractual, al menos para reflexionar si forma parte de las obligaciones de medios o de resultado, tan citada por la jurisprudencia, aunque a los efectos de responsabilidad extracontractual tuviera escasa incidencia. En otros casos, cuando se trate del consentimiento informado documental, sería una mera formalización de la información transmitida y del consentimiento prestado a los efectos de verificación “ad probationem”<sup>12</sup>. Para

---

<sup>12</sup> Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 2/2009, de 21 de enero. FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. El motivo se desestima. La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006, y las que en ella se citan). Como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual —contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra— como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS 19 de noviembre de 2007 ), pues una cosa es que

otros, lo relevante es la asunción de los riesgos<sup>13</sup> enunciados en el documento de consentimiento informado.

En cualquier caso se trata evidentemente de una especialidad del Derecho sanitario. Lo que no cabe duda es de su alcance que llega incluso a ser considerado como un derecho humano fundamental<sup>14</sup>.

---

la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico. La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “ad probationem” (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de Julio 2002; 29 de julio de 2008 ), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que debe al menos “quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la ley general de sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

<sup>13</sup> STSJ Navarra 22/2001, de 27 octubre, “la consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica (SSTS 23 abril 1992, RJ 1992/3323; y 26 septiembre 2000, RJ 2000/8126; STSJ Navarra 6 marzo 1996, RJ 1996/1941)”.

<sup>14</sup> STS núm. 3/2001 (Sala de lo Civil), de 12 enero Recurso de Casación núm. 3688/1995. Fundamento de Derecho. Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en

Requiere ahora la ley de autonomía, que toda actuación que se lleve a cabo sobre un paciente se realice con previo consentimiento, después de recibir la información adecuada<sup>15</sup>. Se establecen aquí tres momentos, temporalmente relevantes, para el Derecho:

- Primero, ha de facilitarse la información adecuada.
- Segundo, ha de obtenerse el consentimiento.
- Tercero, puede entonces procederse a realizar la actuación sanitaria.

Esta secuencia se altera en muy contadas ocasiones, también previstas en la norma, y que se remiten a las situaciones de urgencia o los

---

libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias —sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132)— en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421 y ApNDL 3627) en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos.

<sup>15</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 2. Principios básicos. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

denominados tratamientos obligatorios de los que posteriormente se hará mención. Sobre el concreto momento en que deben realizarse estos elementos integrantes del acto sanitario se hará referencia posteriormente.

Otra previsión normativa, ligada esencialmente a la autonomía del paciente y por ende al propio concepto de consentimiento informado, es la libertad de elección<sup>16</sup>. Esta libertad de elección supone que deban, si existen, proponerse al paciente las alternativas terapéuticas que se dan en cada caso concreto para que se ejercite realmente esta libertad de elección. Esta cuestión ya ha sido recogida por la jurisprudencia<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Ley 41/2002. Artículo 2. 3. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

<sup>17</sup> STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de febrero de 2008. RC. 2033/2003. Fundamento de Derecho Sexto. En el documento relativo al consentimiento informado (folio 55 del expediente) consta la información referente a los riesgos que pueden derivarse de la laminectomía descompresiva que se practicó, entre los que se encontraba la paraplejía, así como los consentimientos prestados para ulteriores intervenciones efectuadas, para paliar las infecciones que se derivaron de aquella (tuvo que ser reintervenida la paciente por infección de la herida quirúrgica el 23 de febrero de 1999 y el 16 de abril de 1999), pero no consta que se le informase de un posible tratamiento alternativo con radioterapia, aceptando el propio Servicio de Traumatología del Hospital que únicamente se le informó que consideraban la laminectomía descompresiva como la técnica “indicada” para evitar “la inminente complicación secundaria a evolución natural de su metástasis”, intervención que ya se le propuso en 1997, pero que entonces fue rechazado por la paciente, que vuelve a requerir la asistencia médica, dos años después, cuando se reinstaura el cuadro doloroso... La Administración ha probado que se informó a la paciente únicamente de los riesgos que podían derivarse de la laminectomía descompresiva, entre los que como hemos dicho se encontraba la paraplejía, pero sin embargo, no ha probado como debía, en función de cuanto antes se ha argumentado en relación a la carga de la prueba, que se hubiese informado a la actora de los tratamientos alternativos que podían aplicarse, y que los propios estudios médicos consideraban más seguros, como el tratamiento con radioterapia, y más si como la propia Inspección Médica reconoce en su Informe, la paraplejía hubiera sido en todo caso inevitable con o sin intervención quirúrgica, inevitabilidad de la que no se informó.

#### 4. EL PATRÓN DE DILIGENCIA PROFESIONAL

“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”, dispone el artículo 2. 6 de la Ley de autonomía.

De lo que se trata aquí, es de ver si el consentimiento informado forma parte de la *lex artis ad hoc* como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina —Ciencia o Arte Médica— que tiene en cuenta las especiales características de su actor, de la profesión, de la complejidad o trascendencia vital del actor, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado, según definición de MARTÍNEZ-CALCERRADA<sup>18</sup> que ha sido asumida posteriormente por toda la jurisprudencia.

Por lo tanto, son sus notas características:

- a) Como tal “*lex*” implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos baremos que valoran la misma.
- b) Objetivo: Se trata de valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de las conductas profesionales ante casos análogos.

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L. “*Derecho Médico*”. Tecnos. 1986.

- c) Técnica: Los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.
- d) Profesionalidad: El autor o afectado por la ley es un profesional de la Medicina.
- e) Módulos de integración axiológica:
  - Autor: Circunstancias personales y profesionales del médico y de su especialidad.
  - Del objeto sobre que recae, especie de acto, clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución.
  - Factores endógenos, tanto en la intervención o en sus consecuencias, que pueden haber influido en su desarrollo como la gravedad del enfermo, o sus familiares, o la misma organización sanitaria.
- f) Concreción de cada acto médico o presupuesto “ad hoc”, referidas a las concretas circunstancias de cada caso.

La tan citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 25 de abril de 1994, R. J. Aranzadi 307, refiriéndose a la citada *lex artis ad hoc* como obligación de medios dice lo siguiente: “Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que [...] la actuación del médico se rija por la denominada “*lex artis ad hoc*”, es decir en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos [...] para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo”.

## 5. LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

Como parte integrante del consentimiento informado, ya hemos expuesto que es la información el elemento básico que sirve para emitir el consentimiento. Por ello definir la información precisa examinar el contenido del artículo 4 de la ley de autonomía<sup>19</sup>.

La referencia a “toda la información disponible” requiere adecuar el estado de la ciencia al caso concreto. Ello precisa que esta “adecuación” no sobrepase los límites de la interpretación razonable del precepto legal<sup>20</sup>. Lo

---

<sup>19</sup> Ley 41/2002. Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

<sup>20</sup> STS de 1 de febrero de 2008 Sala de lo Contencioso-Administrativo. RC. 2033/2003. Fundamento de Derecho Cuarto. Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada —puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente— y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica

que no cabe duda es que debe proporcionarse toda la información que sea necesaria para que el paciente, de acuerdo con los parámetros de la definición del consentimiento informado, tome su decisión con el suficiente conocimiento que le permita ejercer su autonomía libremente.

Otra cuestión esencial aparece recogida en el punto 1 del artículo 4 de la ley de autonomía. Se trata de que la información se proporcionará verbalmente, por regla general, para añadir a continuación “dejando constancia en la historia clínica”. Esta referencia es, sin duda, la que junto a la judicialización de la asistencia sanitaria, ha llevado a la proliferación de los consentimientos escritos, es decir, consentimiento informado documental. Mediante este procedimiento se cumplirían dos objetivos; por un lado, quedar patente la manifestación de voluntad del paciente y de otro, la información facilitada, ya que lo que dice la ley al médico en una interpretación coloquial es “informe verbalmente al paciente pero anótelos, esto es, póngalos por escrito”. No quiere esto decir, sin embargo, que este supuesto no haya resuelto cuestiones judiciales incluso ante la inexistencia de consentimiento informado escrito. Véase por ejemplo lo ocurrido en un caso de vasectomía fallida en la que no medió consentimiento escrito<sup>21</sup>.

---

—o cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala de lo Social. 29 de febrero de 1996. Ponente: Sr. MENESES VICENTE. Que desestima la reclamación formulada frente al Insalud por un paciente al que se había practicado vasectomía con la finalidad de no tener más descendencia y que meses más tarde dejó embarazada a su esposa, recogiendo dicha sentencia que “... consta en la ficha clínica que se le explica al paciente la irreversibilidad de la intervención; porcentaje mínimo pero existente de recanalizaciones; riesgo de infección; hematoma de la herida. Seguir con las mismas precauciones durante dos a tres meses, anovulatorios, preservativo, etc.; a los siete días retirar puntos; dentro de tres meses espermiograma. El actor niega todo valor a esta constancia en la ficha clínica, pero hay que reconocérselo desde el

## 6. EL PRIVILEGIO TERAPÉUTICO

El artículo 5.4 de la ley de autonomía<sup>22</sup>, al regular el derecho a la información, reconoce la posibilidad de limitarlo por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutico. Se faculta al médico a llevar a cabo una actuación médica sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud gravemente. El precepto está redactado en términos tan genéricos que obligará a posteriori a valorar la concurrencia de esas “razones objetivas” que permitieron a los médicos, y después a quien juzgue esa conducta, auxiliado por los conocimientos de un perito, concluir que la información, acerca de su estado de salud, podía resultar contraproducente para el paciente, hasta tal punto que la agravara o impidiera su recuperación.

---

momento en que la referida ficha médica ya se encontraba unida al expediente administrativo antes de que se interpusiera recurso contencioso jurisdiccional...No cabe en conclusión tener por acreditada la falta del deber de información al paciente, que en su caso serviría para imputar al servicio público sanitario la lesión patrimonial cuya indemnización se postula en la demanda”. Esta Sentencia ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. De 3 de octubre de 2000. Recurso de Casación núm. 3.905/1996, que acoge los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia y falla que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Angel G.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja el 29 de febrero de 1996, por lo que se declara firme la sentencia recurrida.

<sup>22</sup> Ley 41/2002. Artículo 5.4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Si atendemos a la ubicación sistemática del precepto, dentro del derecho a la información, podemos concluir que este privilegio terapéutico no puede operar propiamente como tal cuando esa información sea básica y previa a una intervención médica importante por los riesgos que comporta para la salud del paciente. La información básica prevista en el art. 10.1 se puede poner en relación con los supuestos para los que el art. 8.2 exige el consentimiento por escrito: en general se refiere a consecuencias relevantes de una intervención, riesgos graves derivados de la misma para el paciente y contraindicaciones también relevantes, que, lógicamente, podrán generarse cuando aquella actuación médica conlleve algún riesgo importante para el paciente.

En estos casos, no podrá obviarse la información previa al consentimiento del paciente, pues dejaría sin efecto dicho consentimiento al haberse prestado sin conocimiento de causa. En consecuencia, debe afrontarse directamente el problema y advertir que no se trata de un supuesto de dispensa de la información previa, sino de dispensa de recabar el consentimiento directamente del paciente, por entender que no está capacitado para tomar la decisión. Debe concurrir una necesidad, derivada del riesgo inminente y grave para la integridad del paciente, y al mismo tiempo que la situación en que se encuentra en ese momento el paciente le impida asumirla y tomar la decisión. Se trataría de un supuesto complejo, en el que resultaría de aplicación de una parte el supuesto de hecho descrito en el art. 9.2.b) –un riesgo inminente y grave para la integridad del paciente– y de otra la incapacidad natural en ese momento del paciente para prestar por sí mismo el consentimiento informado –por no estar en condiciones asumir su situación–, que motiva recabar la prestación del consentimiento por representación (art. 9.3.a))<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> SANCHO GARGALLO, I. *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*. WP.209. Barcelona 2004.

## 7. EL DERECHO A NO SER INFORMADO

Se trata, en este caso, del derecho de los pacientes a no ser informados<sup>24</sup>. Es naturalmente una especialidad del Derecho sanitario, ya que no se permitiría o no podría alegarse en juicio, como vicio del consentimiento en la contratación, la ausencia voluntaria de información.

La ley establece, sin embargo, unos límites a este derecho, por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

De lo que no cabe duda es que, en cualquier caso, el paciente tiene que consentir aun en ausencia de información, es lo que algunos autores llaman el consentimiento desinformado voluntario.

## 8. LA RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS POR DAÑOS

La pregunta que subyace bajo este epígrafe es concretamente la siguiente: la ausencia de información suficiente, que forma parte de la *lex artis* según reiterada jurisprudencia, ¿genera por si misma responsabilidad?

Para responder a esta pregunta nos apoyamos nuevamente en sentencias de los Tribunales. Según reiterada jurisprudencia, referida a la medicina pública, se concluye que aún cuando la falta de consentimiento informado constituya una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal

---

<sup>24</sup> Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

mala praxis no puede “per se” dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente<sup>25</sup>. En concreto se trataría de ver si es posible la indemnización de un daño moral<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006 Sala de lo Contencioso Administrativo.. Recurso 6380/2002 Fundamento de Derecho. Tercero. Por otra parte, desde la consideración como causa de responsabilidad por los perjuicios físicos que se imputan a la deficiente prestación sanitaria, ha de tenerse en cuenta, como señala la sentencia de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889), que «aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad». Y este es el caso, pues en la sentencia de instancia, valorando la prueba existente, entre otras cosas se indica: que la técnica reparadora empleada no es la causante de las secuelas que padece que el daño consistente en la necesidad de soportar la intervención y la existencia misma de las secuelas, es una consecuencia misma de la lesión padecida por la caída de la recurrente; que la lesión es de evolución incierta y con alto grado de evolucionar hacia la artrosis y ello de modo independiente del tratamiento que se aplique; y que las secuelas que presenta la recurrente no son consecuencia del tratamiento sino del tipo tan grave de fractura que se produjo.

<sup>26</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 abril 2000 Fundamento de Derecho Quinto. La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la

Traemos a colación la Sentencia de 4 de abril de 2000 de la Sala Tercera del Supremo. En el caso que se juzga “los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables”. Sin embargo “en esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”, que finalmente lleva a la Sala a conceder la indemnización, utilizando como referente el baremo de tráfico.

Más recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el año 2007, indemniza también el daño moral<sup>27</sup>.

---

operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor (RCL 1995, 3046), a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. La cuantía aplicable para dicho concepto es la de 11.170.000 pesetas, que es la que, a falta de otras referencias, esta Sala toma como orientación acudiendo a un prudente criterio estimativo, con las observaciones siguientes (enumeradas en la Sentencia).

<sup>27</sup> Sentencia TSJ Comunidad de Madrid 833/2007 Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de junio de 2007. “Tras cuanto se ha argumentado en este Fundamento y en los

## 9. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SUS FORMAS EN LA LEY DE AUTONOMÍA

La ley de autonomía dedica su Capítulo IV a “El respeto de la autonomía del paciente”, para concretar en su artículo 8<sup>28</sup> los requisitos y circunstancias que concurren en el consentimiento informado.

---

precedentes, podemos concluir que en el presente caso, tanto la decisión de inducir al parto como la realización práctica del mismo con las sucesivas complicaciones que fueron solventadas, fueron ajustadas a la “lex artis”, debiendo, por ello, calificarse dichas complicaciones de inevitables de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica médica y, en consecuencia, el daño producido (que es descrito en la demanda como estrechamiento del introito vaginal que provoca dolor y dificultad en el coito; síndrome de estrés postraumático del que ha necesitado asistencia psiquiátrica; sufrimiento fetal como consecuencia de la considerada incorrecta administración de oxitocina; y privación al recién nacido de una madre sana en los primeros meses de vida), de acuerdo con el art. 141.1 de la LRJyPAC (RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246), no es indemnizable por no tratarse de una lesión o daño antijurídico que, como hemos venido insistiendo, es uno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”

“Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención». Debemos, por tanto, fijar una indemnización por el daño moral padecido por la actora por esta ausencia de información, con la dificultad que ello siempre entraña, indemnización que no puede equipararse a la que le hubiera correspondido por los diversos daños que en la demanda se describen, pues dichos daños, como hemos argumentado, no son susceptibles de ser indemnizados por no ser daño antijurídico ni guardar, tampoco, relación causal alguna con la ausencia del consentimiento informado. En el presente caso, valorando muy especialmente la circunstancia de que la inducción al parto era necesaria y se encontraba médicamente indicada para evitar daños mayores en el feto, la Sala considera prudente fijar dicha indemnización en 6.010,12 euros, cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente”.

<sup>28</sup> Artículo 8. Consentimiento informado.

Ya se ha visto, como extraído de los principios básicos de la Ley de autonomía, que toda actuación requiere el previo consentimiento informado. Lo relevante, en este caso, es que a diferencia de la ley general de sanidad establece ahora la norma que el consentimiento será verbal por regla general tasando los supuestos en que dicho consentimiento debe prestarse por escrito.

Aún siendo esto así, lo que resulta evidente es que a lo largo de toda la asistencia sanitaria se produce una sucesiva y continua prestación del consentimiento, en la mayor parte de las veces de modo implícito o tácito, como formas aceptadas en Derecho para la manifestación de la voluntad. Sobre esta cuestión la doctrina se muestra pacífica<sup>29</sup>.

- 
1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
  2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
  3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
  4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
  5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

<sup>29</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. Barcelona. 2001. Décimo quinta edición, José María Bosch Editor, p. 587 y siguientes.

BETTI, Emilio. 2000. *Teoría General del Negocio Jurídico*: Ed. Comares, p. 109 y siguientes.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. 1997. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, p. 281;

Sin embargo, incorpora la exigencia del consentimiento escrito, en tres supuestos tasados: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Sobre lo que pueda entenderse por “intervención quirúrgica” la ley de autonomía, prolífica en definiciones legales (artículo 3), no lo define. Podemos utilizar para ello el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, en su Anexo II. 1. “Definiciones y criterios para el cómputo de la lista de espera quirúrgica en el Sistema Nacional de Salud”. Se define como “Registro de pacientes pendientes de intervención quirúrgica programada” al registro que incluye a todos los pacientes con prescripción no urgente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, establecida por un médico especialista quirúrgico, una vez concluidos sus estudios diagnósticos, aceptada por el paciente, y para cuya realización el hospital tiene previsto la utilización de quirófano.

En conclusión, podría sostenerse que procedimientos quirúrgicos son aquellos que se realizan en un local que tiene, a los efectos legales, la consideración de quirófano, no interesando aquí si se trata de intervenciones urgentes o no urgentes que sirve para excluirlo del ámbito de este real decreto.

---

DÍEZ-PICAZO, Luis. 1990. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Volumen I, 7 Edición, Ed. Tecnos, p. 539 y siguientes.

ENNECCERUS, LUDWING Y NIPPERDEY HANS CARL. 1981. *Tratado de Derecho Civil*: Parte General. Barcelona: Tomo I-2º, v. 1º, 3, Ed. Bosch, p. 194 y siguientes.

GALGANO, Francesco. 1992. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 177.

Más difusa es la cuestión relativa a “procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores”. Aquí la ley hace un verdadero ejercicio de falta de concreción y por eso la doctrina intenta remitirlo a la previsión normativa expresada a continuación, es decir, que son aquellos “que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. Sobre la previsibilidad de los riesgos e inconvenientes a los que alude la norma, no puede estarse más que a la experiencia de la medicina basada en la *lex artis* médica. Ocurre sin embargo que esta previsibilidad suele científicamente tasarse en cifras de prevalencia, que naturalmente todos intentan excluir de relatar en los consentimientos informados. La posibilidad de ocurrencia de un riesgo porcentualmente tan bajo que lo hace prácticamente inexistente, es una de las razones que han recomendado la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad, hoy obligatorio en España para el ejercicio de la Medicina tras las publicación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias<sup>30</sup> cuando se refiere al ejercicio privado. El ejercicio en la medicina pública a estos efectos, queda subsumido dentro de la responsabilidad patrimonial.

La exigencia de que el consentimiento informado sea específico para cada actuación sanitaria queda expresado en el punto 3 del artículo 8 de

---

<sup>30</sup> Ley 44/2003. Artículo 46. Cobertura de responsabilidad.

Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector.

En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación.

la ley de autonomía, admitiendo la incorporación de anexos al documento principal consentimiento informado.

El artículo 10 de la ley de autonomía intenta concretar más y aportar algún elemento que por interpretación sistemática permita identificar los inconcretos supuestos citados en segundo y tercer lugar como exigencia del consentimiento escrito<sup>31</sup>. Aquí se puede extraer una máxima que proporciona, en general, buenos resultados, “a mayor riesgo mayor información”.

## **10. EL MOMENTO DE OTORGAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Una cuestión muy debatida es el momento temporal en que debe prestarse el consentimiento, aunque ya vimos que se trata de un continuo, pero nos referimos ahora a la plasmación documental del consentimiento informado.

Anteriormente apuntamos la secuencia natural prevista por la ley, información, consentimiento y actuación sanitaria, pero interesa ahora, si es posible marcar límites temporales.

---

<sup>31</sup> Ley 41/2002. Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Sobre esta cuestión la ley de autonomía nada dice, sin embargo debe tenerse en cuenta entre otras las Sentencias de diversas Audiencias Provinciales<sup>32</sup>.

La Comunidad de Valencia, promulgó una norma en la que se tasa el tiempo mínimo en que debe obtenerse el consentimiento informado, concretamente 24 horas antes de efectuar la intervención<sup>33</sup>, naturalmente quedan al margen de esta situación los casos en que por razones de urgencia no pueda obtenerse con la antelación debida.

En todos los casos, la fundamentación que avala esta exigencia de un periodo de tiempo entre la obtención del consentimiento informado y la intervención es siempre la misma, “la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado a favor de la opción quirúrgica correctora y ello no se consigue con el sólo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones sociológicas y personales no se puede esperar del firmante una respuesta meditada y un consentimiento libremente

---

<sup>32</sup> Sentencia de fecha 3/02/2.003, de la Audiencia Provincial de A Coruña. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel M<sup>a</sup> Judel Prieto.  
Sentencia de fecha 30/09/2.002, de la Audiencia Provincial de Valencia. Ponente, Ilma. Sra. Dña. Susana Catalán Muedra.

<sup>33</sup> Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana

Artículo 11. La información previa al consentimiento.

1. La información deberá ser veraz, comprensible, razonable y suficiente.
2. La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Y en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes.

En ningún caso se facilitará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico.

expuesto”<sup>34</sup> o “la autorización del consentimiento informado el mismo día de la intervención quirúrgica se presume inválida pues implica una precipitación que elimina toda reflexión del paciente sobre las posibles consecuencias acerca de los riesgos de la operación”<sup>35</sup>.

## 11. SITUACIONES EN LAS QUE SE PUEDE ACTUAR SIN CONSENTIMIENTO

La ley de autonomía establece de modo expreso en su artículo 9. 2. “Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación”, las circunstancias que deben concurrir para actuar, sin necesidad de obtener el consentimiento informado<sup>36</sup>.

Las intervenciones que pueden realizarse son sólo “las indispensables a favor de su salud” circunstancia que debe tenerse muy en cuenta.

---

<sup>34</sup> Audiencia Provincial de Baleares. Sección Cuarta Recurso 51/2000 de 13 de febrero de 2001.

<sup>35</sup> Sentencia 93/2004 de 8 de abril de 2004. Juzgado de 1ª Instancia numero 33 de Madrid.

<sup>36</sup> Ley 41/2002. Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Las circunstancias concurrentes son las típicas, entendiendo este término en el sentido jurídico, es decir acomodadas al tipo legal. No se trata de que el médico entienda que la intervención debe realizarse con urgencia, sino que la urgencia la determina la norma en el sentido de “que exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo”. Nótese que, en estos casos, la norma exige que primero se verifique si se puede obtener su autorización, y de no ser posible, se consultará, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente. En conclusión se trata de una situación en la que se puede actuar sin consentimiento pero cuando concurren las circunstancias previstas, lo que se deberá probar en juicio.

Dejamos para segundo lugar, aunque la norma lo establece en primer término, el caso de existir riesgo para la salud pública. Esta previsión normativa se remite a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública<sup>37</sup>. Esta Ley permite a las autoridades sanitarias competentes, para proteger la salud pública

---

<sup>37</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Artículo 1. Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo 2. Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo 3. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

y prevenir su pérdida o deterioro, adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control.

Estas medidas podrán adoptarse siempre y cuando concurren razones sanitarias de urgencia o necesidad y se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de un peligro para la salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas, o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

En el caso de enfermedades contagiosas, como es, por ejemplo, la tuberculosis bacilífera, la Administración sanitaria, además de las medidas preventivas, “podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible” (art. 3 LO 3/1986). Si las medidas conllevan la privación de libertad, y, en concreto, la hospitalización forzosa de un enfermo, el art. 9.2 a) prevé un control judicial a posteriori, que revise la procedencia del internamiento. Para ello deberá comunicarse el ingreso en el plazo de 24 horas a la autoridad judicial. La competencia judicial para conocer del internamiento no corresponderá a los tribunales civiles, sino a los contencioso-administrativos, en virtud del actual art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la redacción recibida por la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil. En cualquier caso, deberá quedar constancia de esta situación en la historia clínica, y de la decisión de los facultativos de intervenir sin recabar el consentimiento del paciente.

## **12. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES**

El artículo 9. 3. de la ley de autonomía, se dedica esta importante cuestión específica del Derecho sanitario. Se trata de quién sustituye la voluntad del sujeto en determinados casos, previstos por la ley, cuando

requieren una actuación en el ámbito sanitario. Para ello es necesario que afrontemos toda una serie de cuestiones que conexianan el Derecho civil y la teoría general del derecho con el Derecho sanitario.

### **12.1. La incapacidad**

Hay que distinguir en ésta y, sobre todo, para el tema que nos ocupa de la asistencia sanitaria, la incapacidad de hecho, que puede proceder, bien de la propia falta de madurez como consecuencia de la minoría de edad con distintos grados, de la incapacidad de hecho que puede surgir de modo transitorio como consecuencia de diversos procesos patológicos que afectan al individuo y que puede resultar, como hecho final, en una situación de pura inconsciencia; en ésta es evidente que quien presenta esta incapacidad de hecho no puede, ya sea menor o mayor de edad, prestar consentimiento alguno, y en este caso, son sus familiares o allegados o quien tenga la representación de los mismos quienes deben prestar dicho consentimiento, dejando, como es lógico, al margen los casos de urgencia médica tasados por la ley.

Debe tenerse en cuenta el contenido de los preceptos relativos a la incapacitación y la regla general contenida en el artículo 199 del Código Civil: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. Para ver cómo se compadece este imperativo legal con la posibilidad de que sea el médico el que atribuya o limite la capacidad del paciente, tal y como prevé el artículo 9. 3. de la ley de autonomía, todo ello en el bien entendido de que tal concesión o limitación se refiere a las decisiones en el ámbito sanitario, que como se desprende del hilo conductor del presente trabajo, escapa de alguna forma de la teoría general.

Puede suceder, además, por razones puramente operativas, y concretamente en el caso de los menores, que quien ostente la patria potestad decida, por la situación personal de su representado, solicitar la incapacidad en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Nos encontraríamos

aquí con el hecho cierto de que incluso un menor ha podido ser judicialmente declarado incapaz, en cuyo caso opera radicalmente la representación. Así, no es imprescindible para incapacitar a una persona que sea mayor de edad o menor emancipado, puesto que se admite la prórroga de la patria potestad en el artículo 171 del CC cuando dice que la patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar estos a la mayor edad, si bien admite el mismo artículo que, si el hijo mayor de edad soltero viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, y fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad, quedando terminada dicha prórroga de la patria potestad por muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres, por la adopción del hijo, por haberse declarado la cesación de la incapacidad, o por haber contraído matrimonio el incapacitado, previniendo, asimismo, el citado artículo que, si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela según proceda.

## 12.2. La representación

En su concepción jurídica la representación es la celebración de un negocio jurídico, como señala DÍEZ-PICAZO<sup>38</sup>, por medio de otra persona que actúa en nombre del representado, y de manera tal, que los efectos jurídicos del negocio se produzcan siempre, de modo directo, en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante; para ello es preciso la existencia de un previo poder de representación o bien la asignación por el ordenamiento de una representación legal. El representante actuará siempre en interés del representado, debiendo separarse nítidamente las ideas de mandato y de poder, de la representación.

---

<sup>38</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. Tecnos. 1982 (611 y ss.).

La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los no negociales y, por tanto, los actos de ejercicio de los propios derechos, como es el caso del ejercicio de los derechos derivados de la personalidad. La representación legal a la que nos hemos referido, encuentra su fundamento fuera del ámbito de la autonomía privada; es la ley la que crea el tipo de esta figura representativa y la que regula los poderes concretos que se confieren al representante.

El citado artículo 9 de la ley de autonomía establece el consentimiento por representación en tres concretos supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En estos tres supuestos la decisión sanitaria, dicho de otra forma, el consentimiento, será prestado por el representante.

Es lo habitual que los mayores de edad que se encuentran en estas situaciones de incapacidad de hecho no tengan representante legal, por no haberse acudido a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, o porque se trate de una situación de incapacidad temporal o transitoria. En este caso la ley establece que se traslade la capacidad decisoria a sus familiares o allegados, lo que la ley denomina “personas vinculadas”. No se determina quién o con qué grado de parentesco debe establecerse la preferencia para la representación, aunque puede en este

caso acudirse a las reglas de la herencia o lo establecido en otras Comunidades Autónomas (por ejemplo en Galicia)<sup>39</sup>.

En los casos de incapacidad judicial debe estarse a lo que disponga la sentencia de incapacitación ya que sucede, en ocasiones, que la incapacitación no es absoluta, respetando determinado ámbito de decisiones personales pero preservando el ámbito patrimonial como sucede en el caso de la incapacitación por prodigalidad.

En el caso de los menores, de una u otra forma tienen representante legal, ya sea por patria potestad, guarda o tutela, correspondiendo a sus padres, tutores o guardadores la formulación del consentimiento para actuaciones sanitarias sobre estos menores.

El mayor problema surge cuando la ley, como reiteradamente se ha visto, permite a partir de los 16 años prestar consentimiento autónomo, con las excepciones tasadas por la norma, y con la única obligación para el médico de informar a los padres: “Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente” (Artículo 9. 3. c. “in fine” de la ley de autonomía).

---

<sup>39</sup> Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

Artículo 6. 1. a. Otorgamiento del consentimiento por sustitución.

1. Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes:  
a. Cuando el paciente esté circunstancialmente incapacitado para tomar decisiones, por criterio del médico responsable de la asistencia, el derecho corresponderá a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad.

Ocurre sin embargo en la práctica médica, que no siempre el menor es acompañado, para demandar actos clínicos, por la persona que ostenta la patria potestad, que puede ser compartida, como por regla general lo es por el otro cónyuge no presente en la relación asistencial, por lo que en estos casos, patente la ausencia, quedaría amparado, como hemos visto, el facultativo que actúa de buena fe por la representación que la ley confiere. No debe dejar de tenerse en cuenta la frecuencia con que ocurren prestaciones sanitarias a menores con la presencia de un solo progenitor y ausencia del otro, que puede tener la patria potestad compartida pero encontrarse en situación de separación nulidad o divorcio, por lo que la presunción del art. 156 del Código Civil ampararía la situación<sup>40</sup>.

Además la ley de autonomía especifica claramente que, en el caso de los menores, el consentimiento se otorgará, en su caso, por los

---

<sup>40</sup> Artículo 156. Código Civil

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados la patria, potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

representantes legales, lo que excluye la posibilidad de que sea otorgado por otros familiares o allegados, ya que técnicamente el menor lo tendrá por imperativo legal atribuyéndose incluso a instituciones, no solo la guarda y custodia sino la misma patria potestad.

En la representación legal, el representante es, por hipótesis, el único posible autor del negocio, de forma que es el único a tener en cuenta a los efectos de vicios del consentimiento u otras circunstancias. No opera por tanto aquí la cuestión de la representación voluntaria, puesto que tenida ésta por imperativo legal en los supuestos que la ley recoge, debe entenderse subsumida en dichos preceptos para que opere con eficacia suficiente. Y todo ello en base a la seguridad jurídica y a un normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, lo que exige que los terceros que contraten con el representante no tengan que conocer, examinar, investigar o preocuparse de las relaciones entre el representado y el representante. Por ello, el artículo 156 CC en su párrafo 3º se refiere a que “con respecto de terceros de buena fe se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad e incluso con el consentimiento del otro”. En este caso la patria potestad incorpora, naturalmente, la representación legal del menor.

### **12.3. El menor de edad**

Se ha hecho suficiente referencia a esta situación, como perspectiva del ordenamiento jurídico general. Se es menor de edad por debajo de los 18 años cumplidos y ello, sin perjuicio del objeto del presente estudio, supone, de modo genérico, una falta de capacidad para realizar con eficacia actos jurídicos. La capacidad del menor no emancipado, esto es, la capacidad del menor en su definición simple y llana, supone una limitación en la misma, ya que no tiene la plena capacidad de obrar que el ordenamiento concede al de mayor edad, siendo excepción la capacidad que se le atribuye para la realización de ciertos actos.

La doctrina, para justificar esta situación, alude a la carencia de conocimiento natural y es por ello que está restringida la capacidad de aquellos menores que carecen de aptitud para entender y querer. Sin embargo el Código Civil no marca una edad a partir de la cual se presume tal aptitud, por eso, en cada caso concreto, habrá que atenerse a su existencia o falta efectiva, que se probará mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho; pero cuando exista, el menor puede obrar por sí solo, excepto que la capacidad para el acto de que se trate le esté excluida en virtud de otra de las causas restrictivas.

Ocurre, además, que le falta independencia y está sometido a patria potestad o tutela, y, por esta razón, no puede realizar aquellos actos que la ley atribuye a la competencia del titular de la patria potestad o de la tutela, y de este modo le está sustraída al menor la administración de sus bienes, como señalan los artículos 164 y 270 CC; pero además, como esta falta de independencia no es sólo económica sino también personal, pues debe obediencia y respeto al titular de la patria potestad y la tutela (artículos 155 y 268 CC), no puede, tampoco, conducirse de forma contraria a la que disponga quien tiene sobre él poder directivo, habida cuenta de que estas atribuciones se conceden en beneficio del menor.

Sin embargo, es indudable que el menor tiene una esfera de capacidad. Así, el menor puede a los 14 años hacer testamento, salvo el ológrafo (artículos 663 y 688 CC), a los 16 años puede ser testigo en testamento otorgado en caso de epidemia (artículo 701 CC); y a los 16 años puede consentir la emancipación o habilitación de edad (artículos 317, 320 y 321 CC). En similar sentido se dispone en el Código Civil que el mayor de 14 años tiene derecho a optar por la nacionalidad española, estableciendo que la opción se formulará por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación (artículo 20 2. b.). Nótese que en este caso este menor no actúa simple y llanamente sino “asistido por su representante legal”.

Otros supuestos en los que no se exige una determinada edad son posibles en Derecho; también a los menores se les permite adquirir la posesión (artículo 443 CC) o aceptar donaciones sin necesidad siquiera de la intervención de sus representantes legales si no son condicionales u onerosas (artículos 625 y 626 CC).

Pero donde radica de modo sustancial el derecho que fundamenta y da naturaleza jurídica al consentimiento del menor, es la posibilidad de ejercitar aquellos derechos derivados de la personalidad, como se recoge en el ya citado artículo 162.1º cuando dice que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, excepto en: 1º “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo”.

#### **12.4. La patria potestad**

En cuanto al desenvolvimiento de la patria potestad, dice el artículo 154 CC que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre y que se ejercerá en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad. Introduce aquí nuevamente el concepto de personalidad para remitirlo a una circunstancia concreta que afecta no solo a las cualidades intelectivas, morales y valorativas del propio individuo, sino a aquellas que presumiblemente él pretendería desarrollar.

El artículo 156 CC señala que, en principio, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. Esta alusión a las circunstancias o situaciones de urgente necesidad hace que, como ya vimos, el tercero de buena fe, esto es, el facultativo, pueda actuar en base a que quien dice

ostentar la patria potestad es realmente su titular, ya que la práctica pone de manifiesto los casos en los que, bien por separación de hecho o de derecho, no sea posible realizar una investigación necesaria para que tal otorgamiento tenga eficacia jurídica. (Nótese los frecuentes conflictos que en la práctica genera la obtención de información clínica de menores por padres con sentencia de nulidad, separación o divorcio, en los que se habrá de estar a lo que dicha sentencia establezca en lo referente a la guarda y custodia y a la patria potestad compartida o no).

Señala, asimismo, el citado artículo que en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro, y si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; dejando a salvo que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. A todo ello hacen referencia los artículos 90, 92, 94, 103 y 159 del Código Civil sobre nulidad del matrimonio, divorcio, separación judicial o de hecho y parejas no casadas, así como la Circular número 2, de 2 de abril de 1989, de la Fiscalía General del Estado sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos derivados de la ruptura de las uniones familiares de hecho que tengan descendencia.

Pero es que, además, el artículo 158 CC remite al Juez que, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios; todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria; redacción conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Para refrendar la cuestión de la patria potestad que permite la representación legal de los hijos menores no emancipados, ya ha quedado suficientemente manifiesta cuando se aludió al artículo 162 CC, en la

que de modo general establece que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, con las excepciones del punto uno en los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo.

El ejercicio de estos derechos derivados de la personalidad tienen acogimiento, finalmente, en un derecho superior recogido en los textos constitucionales, ya que en el Título Primero de la Constitución Española, en su artículo 10, y en lo referido a los derechos y deberes fundamentales, asigna a “todos” la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, lo que supone un fundamento de orden político.

## **12.5. La mayoría de edad**

La mayoría de edad ha evolucionado históricamente, ya que en el sistema anterior al Código Civil se fijó en los 25 años; el Código Civil lo rebajó a los 23; la Ley de 13 de diciembre de 1943 a los 21, y el Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978 a los 18 años. Como se ve, la actual edad de 18 años para obtener la mayoría de edad, que supone la plena capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico y que en el mismo sentido aparece en la Constitución Española<sup>41</sup>, se concreta en finales del año 1978.

Desde una perspectiva civilista, por razón de su edad, el sujeto puede ser menor de edad o mayor de edad. La mayoría de edad se alcanza, como se acaba de decir, a los dieciocho años, según el artículo 12 del texto constitucional. El Código Civil, por su parte, en su artículo 315 establece esta edad<sup>42</sup> aclarando que para el cómputo de los años de la

---

<sup>41</sup> Constitución Española de 1978. Artículo 12. Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

<sup>42</sup> Código Civil. Art. 315. La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento (artículo 315. 2º CC), lo que significa que se cuenta desde las cero horas de ese día; luego, la mayoría de edad se alcanza al comenzar a las cero horas el día del dieciocho aniversario y no al llegar la hora en que se nació. Esto también cuenta a efectos de cómputo para dirimir cuando una persona es mayor de cualquiera otra edad.

Al alcanzar la mayoría de edad el sujeto se emancipa, según previene el artículo 314 del Código Civil en su apartado primero cuando señala que la emancipación tiene lugar por la mayor edad, articulado que proviene de la acomodación del Código Civil a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

La emancipación, como luego se verá, supone que el sujeto sale de la patria potestad de quien la tuviera, ya que el artículo 169.2º del Código Civil previene que la patria potestad se acaba por la emancipación, o se sale de la tutela, recogida en el artículo 276.1º del Código Civil, pasando por lo tanto del estado civil de menor de edad al de mayor de edad, momento en que se adquiere plenamente capacidad de obrar que se recoge en el artículo 322 CC, cuando dice que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código. Estas excepciones a las que la ley hace referencia son las relativas, por ejemplo, a la capacidad para adoptar, ya que, según el artículo 175 CC. hace falta tener 25 años.

## **12.6. El menor emancipado**

Hacer una referencia detenida a la emancipación parece imprescindible puesto que las normas del ámbito sanitario hacen continua referencia al menor emancipado. Puede decirse, inicialmente, que la capacidad del menor emancipado es intermedia entre la del menor no emancipado y la del mayor de edad, puesto que, aunque adquiere una capacidad tan extensa como éste, se exige, sin embargo, que para ciertos actos le sea completada, como a continuación se verá.

Cuando la norma se refiere al menor emancipado debemos ver las distintas posibilidades que la emancipación produce, ya que, según el Código Civil en su artículo 314, la emancipación tiene lugar por la mayor edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad, o por concesión judicial. Poniendo en relación estos supuestos del artículo 314 con el punto 1º del artículo 162, debemos distinguir entre los derechos derivados de la personalidad de los meramente patrimoniales.

Lo que se está estableciendo aquí es un sistema de seguridad jurídica de modo que determinados supuestos permiten, legalmente, alcanzar un equivalente a la mayor edad, y siendo reconocida al mayor de edad capacidad de obrar plena, el ordenamiento jurídico, en aras de la seguridad jurídica, admite que el menor emancipado adquiera situación similar a la del mayor de edad. La cuestión es que en los casos en que esta emancipación se obtuvo no por mayoría de edad del punto 1º del artículo 314, sino por los 2º, 3º y 4º del mismo, le confiere la cualidad de menor emancipado, extendiendo o ampliando su capacidad hasta los límites de la capacidad general plena, aunque, para ciertos actos, sea preciso que los padres o el curador completen la capacidad del menor emancipado, porque si bien es capaz para realizarlos, no lo es para actuar en ellos por sí solo.

Finalmente el artículo 323 del CC dispone que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Ya hemos visto que existe una limitación o necesidad de complementación de su capacidad para asuntos patrimoniales, pero nada dice a cuanto a la capacidad “para regir su persona”, lo cual viene, nuevamente a relacionarse con el ejercicio de derechos derivados de la personalidad.

#### 12.6.1. *La emancipación por concesión*

Cuando se trata de emancipación por concesión, el menor ha de tener al menos 16 años cumplidos y que la consienta (artículos 317, 320 y 321 CC), pero se complementa la capacidad o asistencia, debiendo consentir

los padres o el curador para tomar dinero a préstamo, o gravar o enajenar bienes inmuebles, o establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor (artículo 323 CC). Puede el menor emancipado por concesión contraer toda clase de obligaciones, pero la responsabilidad que por éstas le alcance no podrá hacerse efectiva si no hubo consentimiento de los padres, o el curador cuando afectó a bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o cuando se trate de objetos de extraordinario valor, porque ello equivaldría a enajenar éstos sin el consentimiento de tales personas, lo que el emancipado no puede hacer.

A los efectos de verificación y prueba la concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos frente a terceros (art. 318 del Código Civil) debiendo otorgarse por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (art. 317 CC).

#### 12.6.2. *Emancipación por matrimonio*

Veamos ahora la capacidad del emancipado por matrimonio, que puede conseguirse desde los 14 años, ya que aunque, en principio, sólo pueden casarse los emancipados (artículo 46.1º CC), cabe obtenerse dispensa para casarse a partir de los 14 años (artículo 48 CC) y se queda emancipado por el matrimonio (artículos 314.2º y 316 CC).

El emancipado por matrimonio, aunque fuera a partir de los 14 años de edad, consigue igual capacidad que el menor emancipado por concesión, es decir, obra por sí solo en todo, salvo para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, para los que necesita el consentimiento de sus padres o del curador (artículo 323 CC ya citado); pero cuando se trata de bienes conyugales comunes obtenidos por gananciales, para gravarlos o enajenarlos, si son inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor, es

preciso el consentimiento del otro esposo si es mayor, y si fuera también menor se necesitará además el de los dos padres o curadores de uno y otro (artículo 324 CC).

Hay que señalar que en estos artículos y en este supuesto de la emancipación por matrimonio, así como en la emancipación por concesión, ya aparece en nuestro Código Civil una referencia a edades concretas, que no aparecen en otros textos legales. De este modo aparece la edad de los 14 años y la edad de 16. Por lo tanto, podría entenderse que el ordenamiento reconoce un límite concreto de edad para la capacidad, aunque ésta sea limitada o completable, que es la de 14 años, admitiendo una más amplia a los 16 y, por ende, que por debajo de los 14 años el ordenamiento no reconocería capacidad alguna a los efectos civiles para la realización decisoria de ningún acto<sup>43</sup>. Sin embargo hay otras referencias que refutan esta argumentación en cuanto algunos preceptos aluden simplemente a que el menor “tuviera suficiente juicio” como el artículo 92. 6. del Código Civil<sup>44</sup>, referido a los procesos de nulidad, separación o divorcio, lo que, evidentemente, supone un concepto jurídico indeterminado, e incluso la tan citada edad de las 12 años para recibir información, o ser oído, o tener en cuenta su opinión.

---

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, del 27 de febrero de 1998. Recurso de Suplicación 2.791/1997, que reconoce los efectos de la baja voluntaria del trabajador autónomamente a los diecisiete años, precisando autorización de los padres o tutores para la contratación entre los dieciséis y los dieciocho, *pero una vez autorizada, el menor tiene capacidad plena para disponer de los derechos y obligaciones que la relación laboral le otorga.*

<sup>44</sup> 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Esto concuerda con la realidad social y no solamente con la puramente economicista que parece reflejarse en los artículos a los que hemos venido haciendo referencia, ya que, en todos ellos, siempre se alude a la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor, es decir, de un contenido puramente económico o patrimonial, pero, ¿qué decir de aquellos otros bienes como son los derechos de la propia personalidad del individuo, que tienen incluso cobertura constitucional?, y ¿qué decir, por ello, de la salud o de la protección de la misma que se recoge en el artículo 43 de nuestra Constitución?; ¿no es éste un bien jurídico superior? ¿No cabría entender estos derechos en sentido extensivo? La Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre sí parece admitirlo<sup>45</sup>.

Ello nos permitiría decir, a sensu contrario, que siendo estos bienes jurídicos, entre ellos la protección de la salud, un bien incluso superior a los de contenido patrimonial, podría entenderse que el menor debería estar capacitado sin complementar su capacidad por sus representantes para ejercitar estos derechos. Por ello, la cuestión actual es que la doctrina de la dignidad de la persona, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, reconocido por los textos constitucionales, se encuentra protegida como una situación de ejercicio propio, de ejercicio personal, siempre en la medida de lo posible y deberá ser accionado por el propio individuo, ya que no tendría sentido entender este libre desarrollo de la personalidad si no se confiere al menor maduro el grado de autonomía que sus condiciones personales de madurez le permitan.

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre. Fundamento Jurídico 3. "...Pues ciertamente los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que más allá de ello pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos".

### 12.6.3. *El menor que vive con independencia*

Un último supuesto se refiere a la capacidad del menor que vive con independencia, que aparece recogido en el artículo 319 del CC. cuando dice que “se reputará para todos los efectos como emancipado el hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de sus padres viviere independiente de éstos”, si bien los padres podrán revocar este consentimiento. No es seguro que, desde un punto de vista puramente doctrinal, se trate realmente de una emancipación, pero lo que sí es cierto es que alcanza la capacidad de un menor emancipado. Entiende la doctrina que lo que requiere el Código Civil es una vida con autonomía económica, aun cuando no suponga una separación en cuanto al domicilio, y un consentimiento expreso o tácito de quien ejerza la patria potestad. Se ven aquí dos conceptos claramente separados: uno, el de la autonomía económica, aun cuando dicha autonomía se realice en la casa paterna, y otro el consentimiento de los padres. El hecho de que nuevamente se asimile capacidad a la autonomía económica no es sino una vinculación, en aras de la seguridad jurídica, de la permisividad para realizar actos frente a terceros. Cabe aquí la misma argumentación anterior en cuanto al ejercicio de derechos personalísimos.

## 13. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Aludimos ahora a los conceptos civilistas de la autonomía privada, la autonomía de la voluntad, que tiene su encaje teórico-doctrinal dentro del negocio jurídico, definiéndose por DÍEZ-PICAZO<sup>46</sup> la autonomía privada como el poder conferido a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades.

---

<sup>46</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1 (obra citada) (387 y ss.).

Es por tanto esta definición de autonomía privada donde encaja el principio bioético de autonomía, si bien apartándose ahora del ámbito negocial y asociándola a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, se refiere a aquellos actos en los que el individuo actúa por sí mismo, protegido por el ordenamiento, para la consecución de los objetivos que en su plan vital tiene previsto, y siendo los actos sanitarios, en el encaje jurídico y jurisprudencial, actos jurídicos que no tienen por soporte un contenido patrimonial, sino uno superior, que es el interés de la propia persona, de su salud o de la protección de la misma es donde se manifiesta con mayor énfasis el principio de autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía privada debe tener, por ende, una correlación doctrinal con el concepto de autonomía de la voluntad a través del consentimiento informado, según la terminología de la legislación bioética, imprescindible para poder apartarnos del concepto de la Medicina paternalista en la que el principio de beneficencia era el prevalente. Como se ha reiterado el consentimiento sanitario es diferente del negocial, es distinto del que se presta para comprar o vender, y tiene su primera incorporación normativa, como exponente de derechos fundamentales, en la Ley 15/1999, como ya se citó, para aparecer posteriormente definido en numerosas leyes autonómicas y finalmente en la Ley 41/2002 de autonomía del paciente.

#### **14. LA DENOMINADA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA**

La Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica, de Cataluña<sup>47</sup>, admitió la posibilidad del consentimiento

---

<sup>47</sup> Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información concerniente a la Salud y la Autonomía del Paciente, y a la Documentación Clínica, de Cataluña.

Artículo 7. Excepciones a la exigencia de consentimiento y otorgamiento del consentimiento por sustitución.

personal y autónomo de los menores, a partir de los 16 años, lo que supuso un novus en el ordenamiento jurídico. Se trata del primer texto legal que acoge la edad de los 16 años para el consentimiento sanitario, sin requerir características especiales de grado de madurez, esto es, los menores, a partir de los 16 años, pueden consentir libre y llanamente para los actos sanitarios, si bien excluye expresamente la interrupción voluntaria del embarazo, los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida en lo que, según dice el texto legal, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre la mayoría de edad. Hace alusión, asimismo, aunque esto no sea novedoso porque ya aparece recogido en numerosas normas, a que el menor emitirá su opinión si es mayor de 12 años, pero subraya que en estos casos, quién debe otorgar el consentimiento será el representante del menor.

La Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma

- 
1. Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución:
    - a. Cuando el enfermo, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento debe obtenerse de los familiares de éste o de las personas a él vinculadas.
    - b. En los casos de incapacidad legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia.
    - c. En los casos de personas internadas por trastornos psíquicos, en quienes concurren las circunstancias del artículo 255 de la Ley 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia.
    - d. En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en los casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento. No obstante, en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil y, si procede, a la normativa específica que sea de aplicación.

de Galicia<sup>48</sup>, también se refirió, en su momento, al consentimiento de los menores pero de modo distinto a la catalana, ya que ahora le niega la posibilidad del consentimiento autónomo aunque reúna suficientes condiciones de madurez, si bien las utiliza para que se le dé toda la información necesaria, pero el consentimiento lo prestará quien tenga la representación legal, aun tomando en consideración la opinión del menor maduro.

Sirvan estos dos ejemplos normativos, opuestos en su contenido, pero de fechas próxima, diciembre de 2000, la Ley de Cataluña, y mayo de 2001, la Ley de Galicia.

La cuestión ha quedado resuelta por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que tiene carácter de norma básica en virtud de su Disposición adicional primera y, en consecuencia, exigió la adaptación de la normativa autonómica. Esta norma es la que sirve ahora de base para que la doctrina del menor maduro tenga naturaleza normativa ya que dispone en su artículo 9.3:

---

<sup>48</sup> Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Artículo 6. Otorgamiento del consentimiento por sustitución.

Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes:

Cuando el médico responsable considere que el menor o incapacitado legal reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su edad, formación o capacidad, además de a su padre, madre o representante legal, que deberá firmar el consentimiento. La opinión del menor o incapaz será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez o capacidad.

En caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación.

Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Aun y a pesar de la farragosa redacción que el art. 9. 3. c), la interpretación del precepto, tanto literal como sistemática, pretende atribuir capacidad para prestar consentimiento al menor maduro, a partir de los 16 años, con capacidad para la toma de decisiones sanitarias de modo autónomo, con la única obligación de valorar la situación, si es o no de grave riesgo, para ponerla en conocimiento de sus padres o tutores y “tener en cuenta su opinión”. Solamente, en esta “mayoría de edad sanitaria” a los efectos de prestación del consentimiento y toma de decisiones, se establece como limitaciones las del punto 4 del citado artículo 9, “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

De este modo, la referencia a una determinada edad se establecería en base a criterios concretos; existe una mayoría de edad general, 18 años, y una “mayoría de edad sanitaria” a los 16 (con las limitaciones citadas), y es ahora, por debajo de esta edad, cuando se aplica la doctrina del menor maduro que tiende a rebajar dicha edad.

En el mismo sentido debe hacerse una referencia a la materia denominada instrucciones previas o testamento vital, recogido en el artículo 11 de la ley de autonomía, que permite ejercitar una autonomía prospectiva<sup>49</sup>, esto es, expresar ahora la voluntad para un momento futuro, en el que esta capacidad de manifestación no sea posible. En este concreto caso, se requiere mayoría de edad general, 18 años, y por ello, tampoco es posible aplicar la mayoría de edad sanitaria y menos aún la doctrina de la minoría madura. Nótese sin embargo que algunas Comunidades Autónomas, Andalucía, Valencia y Navarra, permiten al menor emancipado el ejercicio de este derecho.

La mayoría de los autores establecen que la minoría madura se sitúa entre los 14 y los 16; otros, por el contrario, la sitúan entre los 12 y los 16. Ambas tendencias aportan datos a su favor. Para éstos la reiterada aparición de la edad de los 12 años para ser receptor de la información conllevaría aparejada alguna capacidad decisoria. Para aquellos, esto no es posible ni jurídica ni socialmente y lo sitúan en los 14, con apoyo en diversas normas legales que permite actos de disposición (art. 23 del CC, sobre adquisición de la nacionalidad española), la posibilidad de testar a los 14 años (art. 662 y ss. del CC). Aducen sin embargo los que pretenden la rebaja, por debajo de los 14 años, que el Código Penal fija en 13 años la edad para delimitar la tipificación de los delitos de abusos sexuales.

---

<sup>49</sup> ZAMARRIEGO MORENO, J. J. *Bioética, Religión y Derecho. Actas Curso de Verano*. “Autonomía prospectiva. Instrucciones previas /voluntades anticipadas”. Universidad Autónoma de Madrid. Fundación Universitaria Española. 2005.

Como se ve la cuestión es compleja y genera importantes dudas al médico en general, y al especialista en particular, ya que algunos supuestos concretos plantean problemas de entidad jurídica suficiente como, por ejemplo, la prescripción de la denominada píldora del día después a menores a partir de 13 años sin conocimiento de sus representantes legales y bajo su única decisión autónoma, basados en que es esta la edad que el vigente Código penal recoge para dar validez al consentimiento relacionado con la actividad sexual o considerarlo abusos<sup>50</sup>.

### **15. EL CONFLICTO DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS: LA PATRIA POTESTAD Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL MENOR MADURO**

El conflicto surge por la existencia de dos bienes jurídicos protegidos, la patria potestad y la autonomía personal.

Utilizando los argumentos de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona (251/2007), pendiente de la posibilidad de interponer recurso, en su Cuarto Fundamento de Derecho dice “La parte demandada considera que el carácter tradicional de la patria potestad ha sido superado para dar lugar a un reconocimiento de los derechos del menor de edad maduro como queda plasmado en diversas manifestaciones legales que admiten la plena auto-representación

---

<sup>50</sup> Código penal. *Artículo 181*. 1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. 4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3 o la 4, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

del menor respecto a situaciones como el consentimiento de la propia adopción, el consentimiento de las relaciones sexuales, el otorgamiento de testamento notarial el consentimiento de obligaciones personales o la capacidad de administrar bienes.

La demandada extrae de esta situación no uniforme, respecto a la capacidad jurídica del menor, una conclusión general en el sentido de que esta capacidad puede graduarse en función del desarrollo del menor. Correlativamente el instituto de la patria potestad queda igualmente moderado por la madurez del menor o tutelado. Y apela a los artículos 162 y 267 del Código Civil y al principio de interpretación favorable a la autonomía del menor que formula el artículo 2.1. de la Ley orgánica 1/1996 (de protección jurídica del menor)”. “Así en el debate que nos ocupa entra en juego de un lado el derecho a la intimidad y la autonomía del menor respecto de lo que afecta a su salud e integridad física, y su libertad de conciencia, pero también afecta al derecho de los padres o tutores de proteger a los menores a su cargo y velar por su desarrollo.

La patria potestad es una función que los padres ejercen respecto de los menores y que comporta la obligación de velar por los mismos en su beneficio”. “La patria potestad se configura, esencialmente, como una función tutelar que se expresa simultáneamente en derechos y deberes para las dos partes. Así, desde la perspectiva paterna, no se ha de interpretar la patria potestad exclusivamente como un seguimiento de los deberes tutelares sino también como un derecho de los padres respecto a su descendencia a la que quedan ligados genética y emocionalmente, un derecho a proyectar en los hijos la propia personalidad, los valores, las creencias y la cultura propios. Como es natural la patria potestad no es una facultad absoluta. Tiene limitaciones que se han establecido para proteger la personalidad del menor frente a sus padres. En este sentido la legislación civil impone una forma específica de ejercer la patria potestad, esto es, la necesidad de escuchar al menor y a tener en cuenta su personalidad. Cabe remarcar en este punto que no hay en la legislación civil una norma que declare de forma expresa la incapacidad del

menor para obrar validamente...”. “...El hecho de que los menores sean titulares plenos de sus derechos fundamentales y libertades públicas significa que en estos extremos la facultad de disposición no queda sin más en manos de sus padres o tutores, pero tampoco excluye el ejercicio de la patria potestad. Según la STC 141/2000 ‘la incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos y libertades fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa la capacidad de obrar’. ...Nos encontramos en consecuencia frente a una tensión compleja y matizada entre el ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad y los derechos autónomos del menor, tensión que no tiene una solución unívoca sino que la legislación ha de definir en función de las circunstancias.”

Se trata de un asunto de extrema complejidad que requiere la valoración ponderada de los bienes jurídicos protegidos y que pudieran entrar en colisión en un supuesto concreto, ya que la patria potestad opera en beneficio e interés del menor y del mismo modo lo hace el ejercicio de su autonomía.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 141/2000<sup>51</sup> señala en su Fundamento Jurídico 5, que “Desde la perspectiva

---

<sup>51</sup> STC núm. 141/2000 (Sala Segunda), de 29 mayo Jurisdicción: Constitucional Recurso de Amparo núm. 4233/1996.

Ponente: D. Tomás S. Vives Antón.

**DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO:** Alcance: la libertad de creencias, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente garantizado, inmune a la coacción estatal sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley: doctrina constitucional. Contenido: ampara un «agere licere» consistente en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. Titulares: los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos puedan decidirlo aquellos que tengan atribuida su

del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992, 2512 2775 y RCL 1993, 246], de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre [RTC 1994, 260]; 60/1995, de 17 de marzo [RTC 1995, 60] y 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134] y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann”.

En resumen, sobre esta cuestión del consentimiento informado en el caso de menores podrían obtenerse las siguientes conclusiones:

---

guardia y custodia. Jurisdicción y proceso civil: separación matrimonial: reducción del régimen de visitas de los hijos al padre miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España: falta de acreditación del riesgo para los hijos por pertenencia a dicha organización religiosa: trato jurídico desfavorable a causa de creencias personales lesionando la libertad ideológica: vulneración existente.

Recurso de amparo promovido contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Séptima) de 24 octubre 1996, recaída en autos del juicio de separación y divorcio, por presunta vulneración de la libertad religiosa. Vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto: existencia: otorgamiento de amparo.

- La doctrina del menor maduro ha tomado auge en los medios jurisprudenciales sobre todo en el ámbito sanitario.
- Las posibilidades de su aplicación se sitúan ahora, según la doctrina mayoritaria, entre los 14 y los 16 años.
- Algunos autores sostienen la posibilidad de rebajar la edad a los 13 años, excepcionalmente, como el caso de la administración de la “píldora del día después”.
- A partir de los 16 años es posible, en el ámbito sanitario, el consentimiento autónomo de estos menores con la excepción de la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
- El consentimiento prestado autónomamente por estos menores (de 16 a 18 años) conlleva además la obligación de que, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
- Los deberes de información y participación en la toma de decisiones alcanzan incluso a los 12 años.
- En cualquier caso, atribuida por el médico al menor la capacidad que por ley no tiene, en virtud de la doctrina del menor maduro, se deberá justificar debidamente en la historia clínica.
- Debe tenerse en cuenta la importancia de la decisión que el médico adopta en orden a atribuir al menor maduro capacidad suficiente para decisiones sanitarias, valorando las eventuales consecuencias posteriores basadas en el conflicto entre la patria potestad y la autonomía.

### **Caso I. Formalidades del documento de consentimiento informado**

*En relación con el consentimiento informado, me ha surgido una duda. Siempre he creído que es preciso hacer el documento de CI por duplicado y entregar una copia al paciente y otra para la Historia Clínica. Sin embargo me parece que no queda claro en la Ley*

*41/2002. ¿Es así realmente y dónde figura dicha obligación? O por el contrario, como el paciente tiene acceso a su historia, ¿bastaría con un único documento que se guardaría en dicha historia?*

La posibilidad de acceso por el paciente a su historia clínica, en general, viene regulada no solo en la ley de autonomía del paciente sino en la ley de protección de datos, 15/1999.

La información puede obtenerse por la mera consulta de los datos mediante copia o fotocopia, en forma legible e inteligible. La obligación de entregar una copia del consentimiento informado al paciente deriva, en primer lugar, de sentido común (es un signo de buena fe en el ámbito del proceso dialógico entre el médico y el paciente, además de constituir un importante medio de prueba para ambas partes).

En cuanto al aspecto concreto que se consulta, podemos remitirnos al Acuerdo núm. 261 (Pleno, 06/11/95, Acta núm. 39) del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que se puede encontrar en Internet, en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo. Dicho documento dispone lo siguiente:

“3. Aspectos organizativos y funcionales del consentimiento informado.

3.3. Los documentos de consentimiento informado deben extenderse por duplicado, uno de ellos a disposición del paciente, debiendo quedar el otro en la Institución sanitaria, incorporado a la historia clínica correspondiente.

## **Caso II. Sobre qué tipo de actuaciones sanitarias requieren consentimiento escrito o verbal**

*¿Es necesario recabar el consentimiento informado por escrito para una serie de supuestos, como por ejemplo, vacunaciones, inyectables, prueba de Mantoux, analíticas de sangre de realización diaria...?*

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su art. 8, relativo al Consentimiento informado, que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Si nos remitimos al art. 4 de referencia, se trata de la información adecuada que comprende, como mínimo la finalidad, la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Debe hacerse notar aquí que el término intervención también queda establecido en la propia Ley en su art. 3, cuando define la intervención en el ámbito de la sanidad como toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

Aclarada la situación precedente, conviene ahora remitirse a cómo debe expresarse el consentimiento informado; y en este punto la ley es clara: “el consentimiento será verbal por regla general” (art. 8.2), para exceptuar, de esta regla general, determinados supuestos que, por su relevancia, precisan consentimiento escrito, y que se especifican en el mismo precepto: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Queda, pues, bien claro que la expresión de la norma y la voluntad legislativa es que el consentimiento sea verbal para la mayor parte de las actuaciones que se realizan de modo habitual sobre los pacientes en el sistema sanitario. Pretender lo contrario haría imposible un funcionamiento eficaz y eficiente del servicio y daría mayor relevancia al documentalismo que al acto sanitario en sí. Cuestión distinta es que determinadas actuaciones, que podríamos decir de mayor relevancia o importancia o complejidad clínica, o que, aunque de menor entidad, comporten riesgo, deban ser documentadas mediante el consentimiento informado escrito. Y esa es la razón de que la norma lo especifique.

Pero la cuestión que se suscita vendría en función de poder definir lo que se entiende por procedimientos invasores, cuestión sobre la que existe una cierta percepción pero no existe definición; por ello debe acogerse la interpretación doctrinal que sostiene que es la propia norma la que define lo que se entiende por procedimientos invasores, ya que viene definido a continuación “aquellos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2.). Por lo tanto, desde este punto de vista, calificar un procedimiento como invasor no viene en función más que de la contrastada experiencia de los procedimientos clínicos, de la frecuencia con que se realizan, de la habitual complejidad de los mismos, de la existencia o no de complicaciones o su excepcionalidad. Todo ello configura, desde el punto de vista legal, lo que pudiera entenderse como procedimientos invasores. Entender que una mera extracción de sangre para una determinación analítica es un procedimiento invasor sería, sin duda, una extralimitación, sin que, por ello, no sea conocido que en ocasiones producen hematomas por extravasación, en general irrelevantes; lo mismo puede decirse de una vacunación que con la indicación adecuada y sometido a la ficha técnica del producto los efectos adversos que se esperan son muy cuestionables.

En consecuencia, y en base a lo antedicho, el que un procedimiento diagnóstico o terapéutico precise consentimiento escrito vendría en función de la previsibilidad de sus consecuencias y la entidad de las mismas aunque su probabilidad fuera reducida; es por ello que deberán ser los facultativos que utilizan las técnicas correspondientes, los que valoren la conveniencia de establecer protocolos de consentimiento informado para las que tengan por conveniente, con independencia de las que están establecidas por imperativo legal. En este sentido es, asimismo, útil comprobar lo que las sociedades científicas tengan establecido en esas materias en cuanto que, de algún modo, han evaluado de forma consensuada los problemas que las técnicas plantean en la práctica, llegando a conclusiones sobre aquellas que precisarían consentimiento informado escrito.

### **Caso III. Obligaciones de información**

*Consulta relativa a la posibilidad de que otro profesional sanitario, distinto del médico responsable, informe al paciente o evalúe su capacidad.*

En cuanto a la información, la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su Capítulo II “el derecho de información sanitaria”, que luego desarrolla en los artículos 4 (derecho a la información asistencial), artículo 5 (titular del derecho a la información asistencial) y artículo 6 (derecho a la información epidemiológica), atribuye, al médico responsable o encargado de la asistencia la garantía del cumplimiento del derecho a la información, sin perjuicio, de que el resto de los profesionales que intervengan en el proceso asistencial sean también responsables de facilitar información. Por lo tanto, la obligación de información, obliga a todos los profesionales sanitarios estableciendo un plus de responsabilidad al denominado “médico responsable o encargado de la asistencia”.

En lo que se refiere a la evaluación de la capacidad para entender la información a la que alude el punto 3 del artículo 5 de la citada norma, no cabe duda que atribuye esta evaluación al médico, sin perjuicio de que eventualmente otros profesionales sanitarios, a criterio facultativo, pudieran intervenir con su opinión en la calificación final.

En lo que se refiere a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación del artículo 9 de la citada norma, vuelve a aludir, de modo reiterado y específico, a que será “el médico responsable encargado de la asistencia” el que evaluará la capacidad del paciente.

Como se ve en la cuestión que se nos consulta, podrían entenderse dos niveles diferenciados: el primero en cuanto a la información que, si bien es atribuida al médico, se expande al resto de los profesionales

intervinientes; y otra, distinta, en cuanto a la evaluación de la capacidad decisoria, esto es capacidad para otorgar el consentimiento informado, que circunscribe y concreta al médico encargado de la asistencia.

#### **Caso IV. Alternativas de tratamiento y alcance de la información**

*Consulta sobre elección de tratamiento entre diversas alternativas y el alcance de la información y posibilidad de decisión por persona distinta del propio paciente.*

Las cuestiones que se consultan aparecen en general referidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a la que sucesivamente se harán referencias expresas.

Se parte del presupuesto inicial de que el paciente debe tener la información adecuada que le ayude a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (art. 4.2.).

Se establece asimismo que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3.).

Por lo tanto, sobre hasta donde debe llegar la información para que el paciente elija con fundado conocimiento, debe señalarse que la información que se facilite ha de colocar al paciente en posición de tomar la decisión con verdadero conocimiento de causa, esto es, los riesgos y las consecuencias, partiendo de la regla general que establece que a mayor riesgo mayor información. Todo ello sin perjuicio de que en el proceso verbal de la información de la relación médico paciente se le aclaren las dudas que permitan a ambos, al médico y al paciente, tener la mayor seguridad de que este último, el paciente, ha comprendido el alcance de la información facilitada, y por ello se cita en el texto normativo la expresión de que la información clínica facilitada se facilitará de forma comprensible (art. 4.2).

Sobre si se debe o no recomendar al paciente una segunda opinión sobre su proceso y/o alternativas terapéuticas, depende de varias cuestiones. En primer lugar de la entidad o gravedad del propio proceso, de la equivalencia hipotética de riesgos y resultados, y de la propia situación del paciente, que ante un proceso clínico que pudiera poner en grave riesgo su vida, decide libremente contar con una segunda opinión sobre el mismo. De otra parte, y en ocasiones este derecho, y para determinados supuestos, aparece regulado en algunos ordenamientos comunitarios este concreto derecho a la segunda opinión médica.

Si como se consulta, el paciente no sabe que decisión tomar y dice al médico que elija por él, nos encontramos ante una traslación del principio de autonomía al de beneficencia. No debe entenderse que con el entronizamiento del principio de autonomía en la práctica médica, no cabe el ejercicio de conformidad con el principio clásico de beneficencia, cuanto más que es el propio paciente quien lo solicita, con lo que se estará dando cumplimiento a ambos principios, de un lado el de autonomía, porque es el paciente quien decide con la traslación decisoria, y al de beneficencia que permite realizar al médico aquello que considera más beneficioso para el paciente, según su criterio profesional y experto.

Por último, sobre la elección terapéutica entre varias opciones por familiares o allegados, debemos colocarnos en una situación similar, aunque no idéntica, a lo expuesto anteriormente en la que hay que valorar distintos aspectos. En primer lugar, si se tratara de una situación en la que el consentimiento se presta por representación, son supuestos tasados por la ley (art. 9), si bien no parece referirse su consulta a esta situación sino a aquella en la que siendo realmente capaz y consciente (el paciente) de su procesos, las alternativas terapéuticas y la información facilitada, desea trasladar la decisión a otro, es decir, un acto transitivo. La cuestión es que, en lo expuesto en el punto anterior, lo traslada a un profesional experto, con lo cual la condición es más favorable ya que la opinión, en principio, será más acorde a lo que la experiencia,

y la *lex artis* recomiendan; por el contrario, si se trasladara la decisión a un familiar o allegado, cuestión no prevista normativamente en situaciones de capacidad del paciente, debería ser considerado más como una opinión a tener en cuenta; todo ello, como es lógico, sin perjuicio de que decidida efectivamente, en cualquier caso, la opción terapéutica, deba el paciente mismo firmar el consentimiento informado.

### **Caso V. Alcance de la información asistencial**

#### *Consulta sobre el alcance de la información asistencial.*

La Ley General de Sanidad de 1986 dispuso que la información a los pacientes sobre su proceso debía ser completa y continuada, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento<sup>52</sup>.

Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en esta cuestión deroga la previsión anterior, simplifica la delimitación del contenido de la información, estableciendo que la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales y, de conformidad con lo indicado en el Convenio de Oviedo, relativo a los derechos humanos y a la biomedicina<sup>53</sup>, dispone que la misma debe comprender como mínimo los siguientes extremos respecto de cada intervención<sup>54</sup>:

---

<sup>52</sup> En concreto, el artículo 10.5 de la citada ley, que deroga la ley básica de 2002, establecía que los pacientes tenían derecho “a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

<sup>53</sup> Art. 5 (segundo párrafo), del citado Convenio, donde se dice que la información será acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias.

<sup>54</sup> Art. 4.1 de la ley básica.

- a) *Finalidad*: objetivos de la misma, para qué se hace.
- b) *Naturaleza*: en qué consiste, qué se va a hacer. El término intervención debe entenderse, a tenor de la definición contenida en la propia ley, como cualquier acto sanitario realizado con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación<sup>55</sup>.
- c) *Riesgos*: molestias y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no hacer la intervención. La información sobre los riesgos que acarrea la intervención o sus alternativas debe comprender no solo los riesgos inherentes al tipo de intervención de que se trate, sino también los riesgos referentes a las características individuales de cada paciente, derivados de la edad o de la concurrencia de otras patologías.
- d) *Consecuencias seguras*: beneficios de la intervención. Qué mejora espera obtenerse, aún en el caso de que haya ablación de algún órgano o miembro.
- e) *Alternativas posibles a la intervención propuesta*. Aunque ni en la ley básica (ni en el Convenio de Oviedo) se mencione expresamente este aspecto entre los elementos mínimos que ha de comprender la información obligatoria a suministrar al paciente, realmente debe considerarse incluido como cuestión íntimamente ligada a la información sobre los riesgos, ya que, como se expuso más arriba, la citada ley básica reconoce el derecho de todo paciente o usuario a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, una vez recibida información adecuada<sup>56</sup>. En consecuencia, siempre que existan varias opciones clínicas, se hace necesario informar al paciente de las mismas, de los peligros

---

<sup>55</sup> Art. 3 de la ley básica.

<sup>56</sup> V. art. 2.3 de la ley básica. Además, resulta de interés la definición de libre elección que se contiene en el artículo 3 del mismo texto en los siguientes términos: “la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los Servicios de Salud competentes, en cada caso”.

que acarreen, y ello para que pueda decidir. En otro caso se le estaría conculcando el citado derecho.

Los aspectos anteriores pueden considerarse como un mínimo legal exigible de información al paciente y no como una lista exhaustiva. Ahora bien, los elementos anteriores deberían de completarse con los siguientes contenidos:

- f) Explicación breve del motivo que lleva al sanitario a recomendar una opción y no otras.
- g) Información al paciente sobre la posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee<sup>57</sup>.

Por otro lado, la ley básica contempla también el derecho de todo paciente o usuario a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud<sup>58</sup>.

Por último, puede consultarse el Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Consentimiento Informado, adoptado en la sesión plenaria de 6 de noviembre de 1995.

## **Caso VI. Determinar si una prueba concreta precisa consentimiento informado documental**

*Consulta sobre si es preciso “consentimiento informado para pruebas relativas a potenciales evocados en neonatos”.*

---

<sup>57</sup> La facultad de la persona afectada de retirar libremente su consentimiento en cualquier momento aparece recogida en el artículo 5 del mencionado Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

<sup>58</sup> Art. 8.4 de la ley básica. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 10.4 de la Ley General de Sanidad en donde se dice que en todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

Se trata de pruebas no invasoras que tienen como finalidad el diagnóstico precoz de alteraciones visuales, auditivas, etc. en recién nacidos, ya sea de forma protocolizada con aplicación universal, o de modo selectivo a grupos de neonatos que acumulan factores de riesgo (prematuridad, infección connatal, etc.).

Dichas pruebas, en esencia, suponen la aplicación al paciente (en este caso neonato) de determinados “sensores”, a modo similar a los que se utilizan para la realización de electroencefalogramas, con el fin de obtener respuestas concretas frente a determinados estímulos auditivos u ópticos.

Según los estudios clínicos examinados, dichas pruebas no presentan riesgo previsible, ya que no exigen preparación previa del paciente, y los estímulos proporcionados corresponden a las escalas de la normalidad.

Dicho lo anterior, sin embargo, se incluye como excepción, y concretamente en los niños y recién nacidos, la posibilidad de que tales pacientes precisen ser “sedados”, ya que es una exigencia de la técnica diagnóstica que el paciente se encuentre bien relajado. Ello supone que, en determinados casos, sea preciso la administración de alguna sustancia sedante que debe ser prescrita lógicamente bajo la responsabilidad del médico explorador, generalmente neurólogo o neurofisiólogo clínico.

La Ley 41/2002, de autonomía del paciente establece, como regla general, que el consentimiento para cualquier actuación sobre un paciente será de forma verbal habiéndosele facilitado, en cualquier caso, la información adecuada a la actuación que se propone realizar. Excepciona de esta regla general y exige el consentimiento por escrito determinados supuestos concretos: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. No parece ser este el caso.

Parece, pues, razonable, en aras de evitar la burocratización de la asistencia sanitaria, dotando a multitud de procedimientos de documentos de consentimiento informado, que se someta este caso a la regla general del consentimiento verbal, naturalmente prestado por los padres, tutores o quien tenga la representación legal puesto que se trata de menores, facilitando la información adecuada y dejando la debida constancia en la historia clínica.

### **Caso VII. Consulta sobre menor embarazada**

*A principios del mes de diciembre de 2006 acudió a la consulta de una doctora del turno de mañana una muchacha de 15 años. Vino acompañando a una amiga, y aunque no era ella quien estaba citada y ni siquiera la doctora era su médico habitual, le consultó porque tenía un retraso en la menstruación y había mantenido relaciones sexuales. La doctora consideró que era necesario realizar una prueba de embarazo y así lo hizo.*

*Unos días más tarde la muchacha acudió a recoger el resultado de la prueba que fue positiva. La doctora le informó que estaba embarazada y que debía acudir a su médico habitual; así mismo, le proporcionó información de donde debía dirigirse si decidía realizar una interrupción voluntaria del embarazo, advirtiéndole que esta actuación requería el consentimiento de sus padres.*

*La pasada semana el padre de esta muchacha acudió al centro para formular una reclamación y solicitar una entrevista conmigo como directora del centro. Transcribo el contenido de la reclamación: “El médico Dra.... le realiza una analítica de orina como urgencias con resultados positivos al embarazo. Nos enteramos los padres casi tres meses más tarde, y el médico que realizó la analítica no nos llama. Siendo mi hija menor de edad creo que el medico esta obligado a informar a los padres. Ante esta situación pido explicaciones antes de tomar medidas legales”.*

*En la entrevista el padre manifestaba su disconformidad con el hecho de que no se hubiera puesto en su conocimiento el embarazo de su hija, del cual no se había enterado hasta unos días antes estando ya la muchacha de 15 semanas. Que este hecho había impedido el IVE y no sólo eso sino que la niña había permanecido sin atención durante este tiempo, siendo ya tarde para realizar algunas actuaciones médicas que deben aplicarse en el primer trimestre del embarazo.*

*Las preguntas que quiero plantear son las siguientes:*

- *¿Ha incurrido la doctora en algún tipo de responsabilidad por no informar a los padres?*
- *Según el artículo 5 de la ley 41/2002 el titular del derecho a la información es el paciente, y en caso de incapacidad además de informar al paciente se debe cumplir con el deber de informar a su representante legal. ¿Se considera que los menores no son legalmente capaces? Si es así, ¿esta situación se mantiene hasta los 18 años respecto al derecho a la información?*
- *En el supuesto de que la muchacha no diese su consentimiento para que informásemos a sus progenitores, ¿podríamos incurrir en un delito de violación del secreto profesional si informásemos a los padres?*

Del relato fáctico del caso hay que distinguir varias cuestiones:

- Sobre si procede o no una actuación sanitaria, de dudosa urgencia, a una paciente no asignada, lo que debe resolverse por los procedimientos de actuación administrativa que cada centro tenga establecidos.
- Si efectivamente es válido el consentimiento de esta menor, de 15 años, para realizar la prestación, esto es, la prueba de embarazo, y si precisa o no autorización por parte de quien tenga la patria potestad y la represente legalmente.

- Conocido por el médico correspondiente la positividad de la prueba, esto es, que la menor está embarazada, basta con informarla a ella o es preciso ponerlo en conocimiento de sus representantes legales.
- Por último, la adecuación de la asistencia sanitaria prestada a una gestante que se rige por los usuales procedimientos y protocolos y que no se diferencia, desde este punto de vista legal, de la gestante mayor de edad.

Por su entidad, procede ahora intentar dirimir la cuestión que se engloba en la denominada doctrina de la “minoría madura”. Esta doctrina tiene su base en el artículo 162, 1º del Código Civil en el que exceptúa la representación legal de los hijos menores no emancipados “Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Ello presupone que para la específica prestación de consentimiento para los actos sanitarios deberían distinguirse tres estados:

- Mayor de 18 años (mayoría de edad legal general).
- Mayor de 16 años o emancipado (mayoría de edad sanitaria). Nótese que esta situación está excluida en tres supuestos que recoge el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, esto es, la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
- Menor maduro, por debajo de los 16 años, acogido al citado precepto, 162, 1º del Código Civil. Para ello el médico debe valorar tal situación desde el punto de vista cognitivo y volitivo, y, si es preciso, asesorarse por el especialista correspondiente y documentarlo adecuadamente frente a quien se oponga. Esta apreciación de la capacidad aparece acogida en diversos artículos de la citada Ley 41/2002, por ejemplo, artículo 5.3 y 9.3.a), entre otros.

Debe hacer notar que la edad de 13 años es la fijada por el Código Penal como límite inferior para tipificar los delitos de agresiones sexuales (Título VIII, Capítulo I) y abusos sexuales (Título VIII, Capítulo II).

Establecidas las premisas anteriores y refiriéndose al caso concreto que se expone, parece deducirse que la menor, de 15 años, se podría acogerse a la situación de “Minoría madura” y por tanto su consentimiento sería válido para efectuar la prueba de embarazo, y las actuaciones subsiguientes. Todo ello sin perjuicio de que tal capacidad, como reiteradamente se expone, hubiera sido valorada por el médico, asesorándose con los informes que, en su caso, precise, y dejando, como es lógico, constancia en la historia clínica. Esta capacidad que integra la doctrina del menor maduro, supone además la precisión del concepto al acto médico de que se trate, esto es, una capacidad adecuada a la decisión concreta (capacidad “ad hoc”), y que por lo tanto no permite su aplicación como regla general.

Sobre sí, además, se debe o no facilitar información a los padres o representantes legales, deben hacerse concurrir varios preceptos de la Ley 41/2002. Conferida ya la titularidad del derecho subjetivo, por los presupuestos anteriores, a la menor, es sin duda, la titular del derecho a la información. Nada se opone a que si la paciente lo permite, de manera expresa o tácita, puedan ser informadas las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, como recoge el artículo 5.1 de la citada Ley. Si por el contrario constara su oposición podría hacerse valer la citada doctrina de la “minoría madura”, si bien advirtiéndole a la paciente menor de los eventuales conflictos que en el propio derecho de familia pueden surgir y sus consecuencias. Razones de elemental prudencia aconsejarían intentar que sea la propia paciente quien informe a sus padres o representantes legales de la situación, pero si se negara, el médico debidamente avalado por su pericia profesional y los informes adecuados podría no informar a los padres de la situación justificando debidamente su decisión en base a los bienes jurídicos protegidos, la autonomía del menor y la patria potestad.

Cuestión distinta es que el proceso de que se trate sea patológico y de graves riesgos o consecuencias, en cuyo caso el médico no sólo está legitimado sino obligado a informar a los padres según previene el artículo 9.3.c) in fine cuando señala que “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Por último, es evidente, que si la paciente menor madura (en este caso de 15 años) adoptara libremente la decisión de acogerse a la IVE, por encontrarse en uno de los supuestos previstos en la Ley, precisa para la realización de dicha actuación sanitaria el consentimiento de sus padres o quien tenga la representación legal.



---

---

## II

# LA INTIMIDAD

Un amplio grupo de las preguntas recibidas on-line, hacen referencia a dudas sobre casos relativos al derecho a la intimidad, a la confidencialidad y al secreto médico y profesional. En las líneas que siguen, trataremos de resumir los aspectos bioéticos y jurídicos más relevantes al respecto, y comentaremos algunos de los casos que nos han parecido más representativos de todos los consultados.

### 1. TERMINOLOGÍA

La enorme complejidad de un concepto como la intimidad, estriba en que sus fundamentos se hayan en campos tan diversos como la etología, la antropología, la historia, la psicología, la sociología, la política, el derecho, la ética y la filosofía. En esta investigación se parte de un análisis general del término, en el que se comprueba la coexistencia de diversas acepciones y significados, así como de un concepto moderno basado esencialmente en la filosofía, el derecho y la bioética<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Sobre los aspectos bioéticos y legales de la intimidad, V. SÁNCHEZ-CARO, Jesús y SÁNCHEZ-CARO, Javier, *El médico y la intimidad*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2001, y posteriormente, J. SÁNCHEZ-CARO Y J. SÁNCHEZ-CARO, “Evolución y fundamentos del concepto de intimidad”, en F. MAYOR ZARAGOZA y ALONSO BEDATE, C., *Gen-Ética*, Ariel, Barcelona 2003.

El término “intimidad” proviene del griego “éntos”, que significa dentro, y del adverbio latino de igual significado “intus”, y de ahí el comparativo “interior” (más dentro que) y el superlativo “intimus” (lo más dentro). SAN AGUSTÍN fue el primer teórico de la intimidad propiamente dicha, utilizando “intimus” en el sentido de interioridad, siendo lo más característico de su filosofía y para algunos el más agustiniano de todos los conceptos.

De acuerdo con el “Diccionario de la lengua española”, de la Real Academia Española (2001), la intimidad se define como: “Amistad íntima”, y también como: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

El “Gran diccionario enciclopédico” de Grijalbo (1997) la define como “la parte más secreta y personal de los asuntos de uno o de su familia”, y MARÍA MOLINER, en su “Diccionario de uso del español” (1998), como “cualidad de íntimo” —lo más interior en cualquier cosa— y “conjunto de sentimientos y pensamientos que cada persona guarda en su interior”.

Por último, MANUEL SECO y colaboradores, en el “Diccionario del español actual” (1999), distinguen las siguientes acepciones: “Ámbito íntimo y reservado de una persona o de un círculo pequeño de personas”; “parte íntima del pensamiento y del sentimiento de una persona: la intimidad se conforma con nuestros pensamientos, opiniones y actitudes, todo aquello que no es posible que nadie conozca si no lo damos a conocer”; “asunto íntimo”; “relación íntima”; “cualidad de íntimo” y “órganos sexuales”.

Desde la filosofía moral<sup>60</sup>, la intimidad se ha definido como el acceso limitado al propio cuerpo o a la mente, como ocurre a través del contacto

---

<sup>60</sup> SCHOEMAN, F. Privacy: philosophical dimensions of the literature, en F. SCHOEMAN (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: an Anthology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984; pp. 1-33.

físico o de la revelación de pensamientos o de sentimientos. La idea de acceso limitado describe la intimidad de forma neutral, pero la intimidad está fuertemente ligada a los valores normativos. Habitualmente se piensa que la intimidad es algo que los individuos generalmente desean preservar, proteger y conservar, por lo que en ocasiones no es fácil distinguir claramente la intimidad del derecho a la intimidad. En la ley y en la ética la intimidad se refiere habitualmente al derecho a la intimidad y al acceso limitado. Así, la intimidad en la ley está unida a la libertad contra la intromisión del Estado o de un tercero. Puede también delimitar un espacio de decisión personal, generalmente en relación con asuntos importantes, como las relaciones personales, el aborto o la integridad del cuerpo.

El término “privacidad”, muy discutido por los autores españoles, se ha incluido finalmente en el “Diccionario de la lengua española”, definiéndolo como: “Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. Desde nuestro punto de vista, el término guarda relación con el derecho a la intimidad aplicado en un sentido amplio.

Por otra parte, la “confidencialidad” se define, en el vigente “Diccionario de la lengua española”, como: “Cualidad de confidencial”, y a su vez “confidencial” se define como: “Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas”.

Podemos también decir que la confidencialidad es “la situación en la que tiene lugar la confidencia y que “confidencia” deriva del latín “confidentia”, que significa, según el diccionario aludido, revelación secreta, noticia reservada y confianza estrecha e íntima. MARÍA MOLINER la define, en su “Diccionario de uso del español”, como: “Acción de comunicar algo a alguien reservadamente o en secreto”.

El derecho a la confidencialidad del paciente supone la obligación del profesional sanitario o del médico de mantener en secreto (secreto profesional y secreto médico respectivamente) cualquier información

proporcionada por su paciente en el ámbito estricto de la relación médico-paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin su permiso específico. Deriva del derecho a la intimidad, que como se ha indicado protege contra una serie de intromisiones no deseadas en la libertad individual. Ahora bien, debido principalmente al ejercicio de la medicina en equipo, el número de personas que tiene acceso a la historia clínica es muy elevado, sobre todo en el medio sanitario público, lo que explica que algunos autores, como SIEGLER<sup>61</sup>, se pregunten si la confidencialidad no constituye en la actualidad un concepto “decrépito”.

La confidencialidad concierne a la comunicación de información privada y personal de una persona a otra, cuando se espera que la persona que recibe la información, como puede ser un profesional de la salud, no revele habitualmente la información confidencial a una tercera persona. O en otras palabras, otras personas tienen un acceso limitado a la información confidencial, salvo que sean autorizadas adecuadamente. Lo mismo que la intimidad, la confidencialidad es valorada porque protege los deseos y derechos individuales.

Intimidad y confidencialidad son iguales en tanto que constituyen el polo opuesto de lo “público”, ya que lo que es íntimo o confidencial no es público. Pero intimidad y confidencialidad no son iguales, puesto que la intimidad se refiere a rasgos singulares de la persona, como intimidad de pensamientos, sentimientos o fantasías, mientras que la confidencialidad hace siempre referencia a relaciones humanas entre dos o más personas. La intimidad se puede referir también a relaciones humanas de carácter social y a archivos, en cuyo caso se superponen los conceptos. En muchos contextos relacionales intimidad y confidencialidad se utilizan de forma indistinta y a veces poco precisa, como ocurre con frecuencia en los códigos profesionales de ética. Sin embargo, intimidad

---

<sup>61</sup> SIEGLER, M. Confidentiality in medicine. A decrepit concept, *The New England Journal of Medicine* 1982, pp. 1518-1521.

y confidencialidad son significativamente diferentes en un aspecto importante, ya que la renuncia a la intimidad personal(o a una parte de ella) es una condición sine qua non para establecer la confidencialidad. La confidencialidad requiere una relación de al menos dos personas, una de las cuales manifiesta o revela información íntima a la otra. Una expectativa de confidencialidad surge de una especial relación entre las partes, creada por sus respectivos papeles (médico-paciente, abogado-cliente) o por una promesa explícita. La confidencialidad supone una relación basada en la confianza o la fidelidad, ya que entre extraños no hay expectativa de confianza. Se renuncia a la intimidad porque la confidencialidad está asegurada; las personas no autorizadas están excluidas.

## 2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Si bien el derecho a la intimidad ha progresado lentamente en la nación que primero lo formuló, EE.UU., al igual que en otros países occidentales, en la actualidad se considera firmemente asentado en este país, en diversas enmiendas de la Constitución y en Ley Común o Common Law.

Se admite que fue el famoso artículo de SAMUEL WARREN y LOUIS BRANDEIS<sup>62</sup>, “The right to privacy”, en la *Harvard Law Review* de 1890, donde se subrayaba la importancia de estar protegidos contra la publicidad no deseada, el que estableció la primera construcción teórica del derecho general a la intimidad. Aunque los autores razonaban que este derecho podría derivar de los derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la propiedad, lo derivaron principalmente de

---

<sup>62</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L. “The right to privacy (the implicit made explicit)”, *Harvard Law Review* 1890; 4:193-220. El artículo está traducido al castellano, editado por Benigno PENDÁS y Pilar BASELGA, *El derecho a la intimidad*; Madrid, 1995.

“the right to enjoy the life” o “derecho a disfrutar de la vida”, o de “the right to be let alone”, el “derecho a estar sólo”. Esta definición de la intimidad ha tenido gran impacto, debido sobre todo a su simplicidad, pero tiene el grave inconveniente de que oculta lo que es el interés verdaderamente característico de la intimidad. Aparentemente describe algo característico, diferenciado, pero se presta a infinidad de reclamaciones que cualquiera puede hacer invocando el derecho a la intimidad. Así, “no dejar a alguien estar solo” puede no constituir en muchos casos una invasión de la intimidad, como en el caso de exigir a la gente que pague los impuestos o que se aliste en el ejército.

Más recientemente, RUTH GAVISON<sup>63</sup> ha defendido también la intimidad como un concepto útil, en contra de las propuestas simplificadoras de otros autores, que niegan su utilidad como un concepto específico. Para ser útil, sin embargo, el concepto debe denotar algo característico (o singular) y coherente. Más aún, la intimidad debe ser coherente en tres diferentes contextos. En primer lugar, debemos tener un concepto neutral de intimidad que nos permita saber cuándo se ha producido una pérdida de intimidad, de tal forma que las exigencias y las reclamaciones de intimidad puedan ser inteligibles. En segundo lugar, la intimidad debe tener coherencia como valor, porque las exigencias de protección legal a la intimidad sólo son imperativas si las pérdidas de intimidad no son deseables y si son indeseables por razones similares. En tercer lugar, la intimidad debe ser un concepto útil en el contexto legal, un concepto que nos permita identificar los casos que precisan protección legal, ya que la ley no actúa para proteger cualquier hecho indeseable. Para la autora la intimidad es coherente y útil en los tres contextos, y las pérdidas (identificadas en el primero), las invasiones (identificadas en el segundo), y las violaciones perseguibles (identificadas en el tercero) están relacionadas de tal forma

---

<sup>63</sup> GAVISON, R. “Privacy and the limits of law”, *Yale Law Journal* 1980; 89: 421-471.

que cada una se puede subsumir en la anterior. Al utilizar la misma palabra en los tres contextos se refuerza la creencia de que están unidos. Por el contrario, los análisis simplificadores de la intimidad niegan su utilidad como concepto aislado y separan estas uniones conceptuales y lingüísticas.

A su vez, partiendo también del sugestivo concepto de la intimidad como un estado o condición de acceso limitado al individuo, reconoce que en la sociedad no existe la intimidad perfecta. Por ello destaca como un concepto más importante la pérdida de intimidad. Esta pérdida ocurre cuando otros tienen información sobre un individuo, le observan, o tienen acceso físico a él. Los tres elementos implicados respectivamente, secreto, anonimato y aislamiento, son distintos e independientes pero están interrelacionados y dan lugar a un concepto complejo de intimidad que es mucho más rico que el que resulta de definirla centrándose sólo en uno de ellos. Además, resulta suficientemente característico para excluir situaciones que a veces se confunden erróneamente con la intimidad.

Por todo ello, en orden a presentar un concepto coherente y útil que merezca la protección legal y al mismo tiempo defina sus límites, propone definir la intimidad como un complejo de tres elementos independientes e irreductibles: secreto, anonimato y aislamiento. Cada uno es independiente en el sentido de que una pérdida de intimidad puede ocurrir a través de un cambio en uno cualquiera de los tres, sin que sea necesaria la pérdida de cualquiera de los otros dos. El concepto es sin embargo coherente porque los tres elementos forman parte de la misma noción de accesibilidad y están relacionados de muy importantes maneras. Así, los tres elementos pueden coexistir en la misma situación. Por ejemplo, el psiquiatra que se sienta junto a su paciente y le escucha adquiere información sobre dicho paciente, le observa y tiene acceso físico a él. Al mismo tiempo, ninguno de los tres elementos está asociado necesariamente a los otros dos.

## 2.1. Referencia al derecho español

La palabra intimidad, desde el punto de vista jurídico<sup>64</sup>, puede utilizarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto. Ambos están reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional y nuestras leyes. En sentido amplio, la palabra intimidad es equivalente a vida privada. En cambio, cuando se habla de intimidad en sentido estricto se hace referencia a un ámbito de carácter individual, espiritual o psicológico y, por tanto, intrapersonal. Esta concepción está arraigada en un amplio sector de la doctrina española, que utiliza diferentes expresiones para hacer referencia a los dos sentidos. Así, por ejemplo, se ha dicho que lo privado es un espacio no público que engloba ciertas relaciones interpersonales, mientras que lo íntimo sería un concepto más estricto, de dimensiones más propiamente individuales, pero que el término íntimo se puede utilizar también en un sentido amplio que se identifica con lo privado. O que la vida privada engloba todas aquellas manifestaciones que están apartadas de la proyección pública del individuo y que así como en el contexto de nuestra vida social hemos de soportar ciertas imposiciones, en el de nuestra esfera privada existe una posibilidad de regirnos por nuestros deseos. En cambio, con la palabra intimidad aislamos determinadas parcelas de nuestra existencia para disfrutarlas en soledad, sin ser observados por terceros y cuando dicha intimidad reclama un mayor grado de reserva nos encontramos en presencia del secreto, a través del cual ocultamos determinadas informaciones de suerte que no llega a trascender lo que se acoge bajo el mismo.

En el ámbito sanitario el término “confidencialidad” supone la obligación del profesional de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin

---

<sup>64</sup> Sobre la abundante bibliografía referente al derecho a la intimidad en España, V. *El médico y la intimidad*, op. cit.

su permiso específico, tal y como ya expusimos anteriormente. En todo caso, debe dejarse constancia de que deriva del derecho a la intimidad, en cuanto que éste protege contra una serie de intromisiones no deseadas en la libertad individual, siendo claro que el término confidencial requiere siempre una alteridad (la relación entre médico y paciente por antonomasia). Puede decirse que la confidencialidad constituye la perspectiva del paciente, que desea mantener con tal carácter, el de confidencial, ciertos datos o informaciones relativos a su persona. Se trata, pues, de un derecho del mismo y, como tal, está recogido en nuestra ley general de sanidad y, brevemente, en nuestra ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002: Capítulo III, Derecho a la intimidad, art. 7). Por el contrario, el “secreto” fundamentalmente es el punto de vista del médico, que al recibir datos confidenciales, en virtud de la posición socialmente asumida, contrae la obligación de guardarlos de tal modo. Un ejemplo lo encontramos en los Códigos Deontológicos, que tradicionalmente han regulado exhaustivamente esta obligación.

En fin, hemos hecho ya alguna referencia a la palabra “secreto” y su relación con la intimidad, relegando su estudio para un momento posterior. No obstante, parece razonable entender que determinados aspectos de la intimidad están abiertos en la sociedad a personas particularmente destinadas a recibirlos, las cuales están obligadas a mantener la confidencialidad (por ejemplo, abogados o médicos). Se trata del secreto profesional, que supone un menoscabo de la intimidad, asumido voluntariamente, y que da lugar a la confidencialidad compartida.

Ya decíamos al principio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre la vida privada y la intimidad. En efecto, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos solo se refiera a la vida privada, el Tribunal entiende que dicha noción es amplia y no se presta a una definición exhaustiva, pues a su juicio sería demasiado restrictivo limitar la noción de vida privada a un círculo íntimo donde cada uno puede conducir su vida personal a su gusto y excluir enteramente de este círculo el mundo exterior, siendo una consecuencia de ello el

que no puedan excluirse las actividades profesionales o comerciales de la vida privada (el caso del médico, por ejemplo).

También nuestro Tribunal Supremo ha declarado que la esfera privada incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares. Asimismo, el Tribunal Constitucional parte de la distinción entre vida privada e intimidad al afirmar que el Derecho Constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos. O al afirmar que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza el secreto de nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son los lindes de nuestra vida privada y que a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar. Además, ha declarado el Tribunal Constitucional que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad y es, incluso, uno de sus reductos más sagrados (intimidad en sentido estricto) y que el padecer una enfermedad como el SIDA es un hecho que cae dentro del ámbito de la intimidad de las personas (intimidad, insíntimos de nuevo, en sentido estricto y como algo diferente de la vida privada).

La distinción que venimos apuntando entre vida privada e intimidad se corrobora, incluso, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo. En particular, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, califica de intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (se observará que se refiere a la vida privada y que asocia la misma al honor). En cambio, también entiende que es intromisión ilegítima la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter

íntimo (se observará que aquí se habla de intimidad y no de vida privada y, además, no se asocia a la reputación o buen nombre).

En fin, también el Tribunal Constitucional ha reconocido que el respeto a la intimidad constituye una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de la actividad profesional —que por su propia naturaleza o proyección social se estima merecedora de tutela—, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas la esfera de la personalidad que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza. Además, y en lo que se refiere al secreto, resulta evidente que la reacción del ordenamiento jurídico frente a la divulgación de algo que pertenece al ámbito de la vida privada es menos drástica que la que deriva de la divulgación de un secreto o de la intimidad en sentido estricto, que, como veremos posteriormente, están garantizados por el propio Código Penal.

Por último, la ley general de sanidad recoge con precisión la confidencialidad, dotándola de un significado propio y actual. En concreto, dispone (con ocasión de los derechos de los usuarios o pacientes) que todos tienen derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas. Conviene subrayar como la alteridad y las confidencias se refieren no solo a las surgidas en el seno de la relación entre los profesionales sanitarios y los pacientes o usuarios, sino también a las derivadas de la relación con el centro, que alcanzan, incluso, al mismo hecho de la estancia. La confidencialidad, por tanto, hace referencia hoy, en muchas ocasiones, a un ámbito supraindividual o institucional en el que se desenvuelven y participan profesionales muy diversos. Y es este entretejido de relaciones el que hace muy dificultoso el mantenimiento del sentido tradicional de las confidencias, que entonces se referían a una sencilla relación entre un médico y un paciente.

El derecho a la intimidad tiene diversas manifestaciones, al considerar la intimidad como un estado o condición de acceso limitado a la persona,

físico o corporal (intimidad física), a la información sobre la misma (intimidad sobre la información) o a determinadas decisiones (la llamada intimidad decisoria). De las tres variantes enumeradas, el Tribunal Constitucional ha reconocido hasta el momento las dos primeras, como tendremos ocasión de ver más adelante. A continuación, centramos nuestro estudio en los aspectos más importantes de la intimidad personal y de la intimidad familiar.

La idea fundamental, por tanto, que preside el derecho a la intimidad personal es la de acceso limitado, exclusión o separación, y así lo viene recogiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. En particular, tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que la intimidad es el derecho a tener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre o, dicho de otra manera, que la intimidad por su naturaleza comporta un reducto individual, dotado de pleno contenido jurídico, que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompaña a esta última.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dicho que el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. Añade dicho Tribunal que la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que el derecho fundamental a la intimidad, reconocido por el artículo 18.1, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. En consecuencia, dicho derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y de una publicidad no querida. Ahora bien, no

se garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Es decir, siempre según el Tribunal Constitucional, lo que se garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son las lindes de nuestra vida privada.

Concebida la intimidad en sentido estricto (intrapersonal y espiritual), puede decirse que contiene un núcleo duro describable como una zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual abarca no solo las relaciones afectivas, sexuales de hombres y mujeres, sino también la llamada esfera de la confianza, que comprende toda la información que un sujeto, ligado a otro por lazos de afectividad o parentesco, o por razones religiosas, ideológicas, raciales, de salud, profesionales con su médico o abogado, desea mantener en la reserva. En definitiva, se configura así la intimidad como un derecho fundamental básico para el ejercicio de otros derechos también fundamentales y que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional se deduce que la intimidad puede ser entendida en un sentido objetivo, en cuanto que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana. Sin embargo, ese ámbito propio de la vida personal y familiar debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado, con lo que se introduce de algún modo el sentido subjetivo de la intimidad, al depender del sujeto la determinación de esa esfera (autodeterminación informativa).

Añadamos, para clarificar aun más la perspectiva española del derecho a la intimidad, que como señala CARLOS RUIZ<sup>65</sup> en su estudio sobre el derecho a la intimidad, se puede distinguir lo privado de lo íntimo. “Lo privado sería un espacio no público que englobaría ciertas relaciones interpersonales; lo íntimo sería un concepto más estricto de dimensiones más propiamente individuales. No obstante, el término íntimo se puede utilizar también en un sentido amplio que se identificaría con lo privado”. Y como él señala, la consideración de la intimidad en sentido amplio, como lo comprensivo de lo privado, ha sido también acogida por el TC, para quien “el derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos”. Todo esto tiene gran importancia, según él, en la forma de definir y aplicar el derecho legal a la intimidad, ya que ello dependerá del sentido en que se utilice la noción de intimidad. Así, si se acepta el concepto de intimidad estricto sensu, dicho derecho no puede ser objeto de suspensión, pero otros derechos que pertenecen al ámbito de lo privado (o a la intimidad lato sensu), como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, si lo son. En otras ocasiones se viene utilizando el concepto amplio de intimidad, como al considerar las nociones de intimidad informática o intimidad genética, o al hablar del secreto profesional.

### 3. CONSIDERACIONES BIOÉTICAS

La definición filosófica de la intimidad (privacy) como un estado o condición de acceso limitado a la persona, ha adquirido un gran desarrollo en el contexto de la bioética y el derecho sanitario. Así, de acuerdo con

---

<sup>65</sup> RUIZ, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, pp. 25-59. En este libro se realiza un tratamiento sistemático y completo del derecho a la intimidad desde una perspectiva jurídico-constitucional.

BEAUCHAMP y CHILDRESS<sup>66</sup>, la palabra intimidad tiene tres usos principales, que se corresponden con lo que algunos investigadores consideran como tres formas distintas o concepciones de la intimidad: intimidad física, intimidad de la información e intimidad decisoria. Las tres formas se encuentran en el origen de muchos problemas relacionados con la atención sanitaria. Pero aunque muchos reconocen que la intimidad se utiliza en el ámbito sanitario de una forma perfectamente delimitada, bien en un sentido físico, bien relacionada con la información o con la toma de decisiones, no existe una única definición en alguno de estos sentidos que se acepte de forma universal.

Muchas definiciones se centran en el sentido físico o en el de la información, al indicar determinadas condiciones de acceso restringido a la persona, a su cuerpo, a su estado mental o a la información sobre ella. De acuerdo con lo expuesto por RUTH GAVISON, “en la intimidad perfecta nadie tiene información sobre X, nadie presta atención a X, y nadie tiene acceso físico a X”. La intimidad funcionaría como un concepto “paraguas” que abarcaría una familia de conceptos, cada uno de los cuales denotaría una forma de acceso limitado. En esta lista se podrían incluir, entre otros, los siguientes: aislamiento, soledad, anonimato, confidencialidad, modestia, relaciones íntimas, reserva y secreto.

Para mucha gente la intimidad significa estar libre del contacto con otras personas, conseguir un estado de accesibilidad física limitada mediante el aislamiento y la soledad, que conduzca a la paz espiritual y a las relaciones íntimas. Ello se entiende si tenemos en cuenta que algunas personas consideran muchos contactos sociales, de negocios y con el Estado, como una invasión de su intimidad. Se sienten asaltadas por las visitas a domicilio, el correo excesivo, las llamadas telefónicas,

---

<sup>66</sup> BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*, 4<sup>a</sup> ed. New York, Oxford University Press 1994; pp. 406-429. Existe una traducción española: *Principios de Ética Biomédica*, Madrid, Masson S. A., 1999.

las llamadas al “busca”, los comentarios en los lugares que frecuentan, el acoso sexual en algunos casos, los chequeos obligatorios o la determinación de la alcoholemia.

En el medio sanitario actual es imposible una intimidad física completa y de alguna forma se presupone que los pacientes y los profesionales médicos aceptan mutuamente la desnudez, el contacto y la observación, como aspectos inevitables de la exploración, el tratamiento, la cirugía y la hospitalización. Pero los pacientes esperan de sus médicos, enfermeras y otros cuidadores que no les sometan a exposiciones o contactos físicos innecesarios, que no les observen espectadores ni personal médico no necesario, y que no se les grabe con una cámara. Por otra parte, siempre que sea posible, que se respete su deseo de tener una habitación individual en lugar de una colectiva y que se cumplan las normas de silencio y tranquilidad para poder encontrar la paz de espíritu.

La intimidad de la información es otra forma frecuente de entender la intimidad. Requiere límites sobre la accesibilidad a la información personal. Por ejemplo, se espera que se respete la intimidad de la información relativa al empleo, la educación, una condena judicial, la utilización de la biblioteca, el alquiler de videos, los impuestos, el crédito y los datos del banco. Las expectativas sobre la intimidad de los datos sanitarios son aún más altas y tradicionalmente se han identificado con la confidencialidad que comporta la relación médico-paciente y con el acceso limitado a los datos médicos y del seguro.

BEAUCHAMP y CHILDRESS consideran la intimidad como una de las cuatro obligaciones principales del profesional en su relación con el paciente, además de la confidencialidad, la veracidad y la fidelidad. Recuerdan también que la definición que aceptan, “estado o condición de inaccesibilidad física o a la información”, se debe distinguir del control sobre la intimidad y del derecho a controlar la intimidad. Una persona puede tener intimidad sin tener ningún control sobre el acceso por otros.

Opinan que una definición de la intimidad demasiado pobre es referirse a ella solamente en términos de acceso limitado a la información sobre una persona. De hecho, una pérdida de intimidad ocurre si otros utilizan diversas formas de acceso a la persona, interviniendo en zonas de intimidad sexual, secreto, anonimato, aislamiento voluntario o soledad. Ello no obsta, continúan, para que la información sobre las personas constituya una parte importante de la intimidad, y advierten que el Instituto de Medicina en EE.UU. ha identificado que hasta treinta y tres miembros del personal tienen acceso a la historia clínica del paciente en el medio sanitario, y más de cincuenta utilidades primarias o secundarias de dicha historia.

Estiman además que definir la intimidad de acuerdo con los diversos tipos de inaccesibilidad o acceso restringido a la persona puede resultar demasiado amplio. Una definición más estricta debería ceñirse a describir los tipos de acceso restringido y los aspectos de la persona que se consideran privados.

Añaden que el concepto de intimidad se utiliza a menudo muy próximo y unido al de confidencialidad, como en las regulaciones federales y en los códigos de ética, pero que son dos conceptos distintos que se superponen parcialmente. Así, un intento de análisis indiscriminado (screening) de una serie de individuos para determinar si son portadores de anticuerpos positivos al VIH, amenaza una pérdida de intimidad; por otra parte, los médicos se cuestionan su tradicional obligación de confidencialidad cuando los pacientes con la infección VIH rehúsan informar o permitir que los médicos informen de su enfermedad a sus esposas o a aquellas personas con las que no tengan relaciones sexuales estables.

La definición de intimidad que posiblemente suscita más desacuerdo es la que la relaciona con la toma de las propias decisiones. Esta intimidad decisoria significa que el individuo tiene capacidad para tomar sus propias decisiones y actuar de acuerdo con ellas, libre de interferencias gubernamentales o de otro tipo. O de otra forma, que puede tomar decisiones sobre los asuntos personales e íntimos que constituyen su

vida privada, por lo que esta intimidad se ha definido como el control sobre los aspectos íntimos de la identidad personal. Entre estos últimos se suelen incluir en la sociedad occidental algunas partes del cuerpo humano, la sexualidad, la reproducción, el matrimonio y la familia.

En el ámbito de la salud la intimidad decisoria tiene relación con la toma de decisiones importantes sobre el tratamiento, sobre todo en pacientes muy graves, terminales o en estado vegetativo permanente, y con la asignación de recursos médicos escasos. En España, el Testamento Vital de la Asociación Derecho a Morir Dignamente<sup>67</sup> basa su exigencia a una muerte digna en el derecho a la intimidad: “considerando que el transcurso hacia la muerte forma parte de lo más íntimo del ser humano y que nadie puede expropiarme lo que constituye la expresión máxima de mi derecho a la intimidad como persona adulta, jurídicamente capaz, ciudadano libre en un pueblo libre...”.

Más atrás hemos mencionado como sobre la base del derecho a la intimidad se ha popularizado en EE.UU. la utilización de la intimidad decisoria para elaborar las leyes del control de la natalidad, aborto, matrimonio y autoridad de los padres. Se ha invocado además para justificar otros múltiples asuntos, como el derecho de los homosexuales a constituir una familia, la contracepción, la utilización de tratamientos médicos experimentales, la venta de órganos para trasplantes, el tratamiento con psicofármacos, la prostitución, la huelga de hambre e incluso la eutanasia. Recuérdese en relación con este último aspecto el caso de Karen Ann Quinlan<sup>68</sup>. El Tribunal autorizó la retirada de la respiración asistida, argumentando que si bien el Estado tiene la obligación de proteger la vida de los ciudadanos y por tanto la de garantizar que se apliquen

---

<sup>67</sup> El documento de la Asociación Española para el Derecho a Morir Dignamente se distribuye desde el año 1986.

<sup>68</sup> “Quinlan Decision and the Right to Die”, march 31, 1976(In the Matter of Karen Ann Quinlan: An Alleged Incompetent). En: “Historic Documents of 1976”, Washington DC, *Congressional Quarterly Inc.*, 1977; 197-219.

los tratamientos adecuados para ello, en determinados casos dicha obligación se debilita progresivamente ante el derecho a la intimidad de los individuos, sobre todo si a medida que aumenta el grado de invasión corporal de los tratamientos su eficacia en el restablecimiento de la salud disminuye. Podría decirse que Karen tenía derecho a suspender esos tratamientos por resultar ineficaces.

Para algunos investigadores la intimidad decisoria no debería ser considerada como intimidad propiamente dicha. Entre otras razones esgrimen la de que, al ser un aspecto de la libertad o de la autonomía, se sitúa aparte de las formas más típicas de intimidad, como el aislamiento, la soledad y el anonimato. Además, si hablamos de intimidad para decidir libremente, se pierde la posibilidad de tratar la intimidad y la libertad como conceptos distintos.

#### 4. SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

El secreto profesional médico se puede definir como el compromiso que adquiere el profesional sanitario –tradicionalmente el facultativo– ante el paciente y la sociedad, de guardar silencio sobre todo aquello que le hubiera sido confiado por el enfermo o llegue a conocer sobre él en el curso de su atención médica<sup>69</sup>.

En orden a su alcance, existen dos tesis contrapuestas:

- La del secreto médico absoluto, que mantiene el secreto inmune frente a cualquier circunstancia. Esta tesis se basa en la configuración del facultativo como un confidente necesario del enfermo, por lo que la única forma de mantener la confianza es asegurar el silencio

---

<sup>69</sup> *Secreto profesional y confidencialidad en Atención Primaria*, Instituto Nacional de la Salud, Madrid 1999, p. 11.

- de lo acontecido en la relación clínica. Se equipara, por tanto, al secreto de confesión.
- La doctrina del secreto médico relativo, que lo formula en términos no tan rigurosos, impide que sea en todos los casos inmune frente a cualquier circunstancia o a cualquier persona, ya que el secreto médico tiene como única finalidad garantizar la necesaria relación de confianza y respeto a la intimidad de la persona. En consecuencia, no puede mantenerse el secreto cuando haya un perjuicio serio para otras personas o para la sociedad, estableciéndose, por tanto, las necesarias excepciones o límites.

#### **4.1. Aspectos constitucionales y legales**

Ya dijimos anteriormente que el secreto profesional es una manifestación concreta del más amplio derecho a la intimidad personal y familiar y que tal manifestación se ha constitucionalizado, en un aspecto concreto, en el artículo 24.2, de la siguiente manera:

“La ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Por otra parte, conviene poner de relieve la falta de desarrollo posconstitucional del mencionado artículo 24.2, a pesar del tiempo transcurrido. Es ésta una de las causas fundamentales que impide resolver con claridad gran parte de las situaciones conflictivas actualmente existentes, sin perjuicio de que lo dispuesto en dicho artículo, al tratarse de un derecho fundamental, pueda ser invocado como directamente aplicable al caso concreto a falta de una ley reguladora<sup>70</sup>. Una consecuencia

---

<sup>70</sup> *Secreto médico y confidencialidad de los datos sanitarios*, Plan de Formación de Responsabilidad Legal Profesional, unidad didáctica 4, Asociación Española de Derecho Sanitario, 1998, cuyos autores son: J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y O. LÓPEZ DOMÍNGUEZ.

de lo dicho es la dificultad de adaptar lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución. En particular, la ley establece, por una parte, el deber de denunciar, excepcionándolo solo para los abogados, procuradores o eclesiásticos y, por otra parte, el deber de declarar, con excepción una vez más, solo para abogados, eclesiásticos o funcionarios, cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar<sup>71</sup>. En lo que se refiere a los médicos y farmacéuticos, la ley dice literalmente lo siguiente:

“Los profesores de cirugía, medicina o farmacia tendrán la obligación de comunicar al Juez o al Ministerio Fiscal los delitos públicos de los que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus actividades profesionales”<sup>72</sup>.

Se observará que tal precepto, que convierte a los médicos en delatores, choca abiertamente con la letra y el espíritu del precepto constitucional, desde el momento en que no admite excepción alguna (por ejemplo, su aplicación rigurosa sería demoledora para una profesión como la de psiquiatría).

Cabe reconocer que se trata de una cuestión de límites<sup>73</sup>. En concreto, buscar el fiel de la balanza entre la obligación de declarar en el proceso penal, en la búsqueda de la justicia y de la verdad, y la exención de declarar como salvaguardia de la intimidad y del secreto. Ha de tenerse en cuenta que al no existir desarrollo de la Constitución, tal y como hemos expuesto, no existen criterios claros de actuación que

---

<sup>71</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 262, 410, 416 y 417.

<sup>72</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 262, 410, 416 y 417.

<sup>73</sup> STC 37/1989, de 15 de febrero (Sala 1ª) y P. OTERO GONZÁLEZ, “El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal”, Revista jurídica *La Ley*, núm. 5.135.

contribuyan a despejar los delitos de obstrucción a la justicia o de desobediencia a la autoridad<sup>74</sup>. Además, la comparación de los médicos con los abogados pone de relieve la discriminación de aquellos respecto de éstos, pues el distinto tratamiento procesal no parece justificado, sobre todo si se tiene en cuenta la condición ineludible de confidentes necesarios que tienen los profesionales sanitarios, debiéndose reconducir los casos justificados hacia la eximente de obrar en virtud de un estado de necesidad<sup>75</sup>. Por lo demás, se suele afirmar que el derecho a la intimidad del paciente tiene preferencia sobre el derecho de denuncia o de declaración cuando se refiere a datos del pasado, pero no cuando se refiera a un comportamiento futuro del paciente, si este comportamiento puede poner en peligro la vida o los derechos fundamentales de otras personas<sup>76</sup>.

El Tribunal Constitucional reitera constantemente, además, que toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales debe ser adoptada con la correspondiente fundamentación, exigencia ésta que en el orden del proceso penal viene impuesta por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al sugerir la forma de Auto y la motivación consiguiente para las resoluciones que decidiesen “puntos esenciales que afecten de una manera directa a los procesados”. Tal referencia se ha de considerar comprensiva del imputado cuando se trate de afectar al ámbito de sus derechos fundamentales<sup>77</sup>.

El Tribunal Constitucional ha establecido claramente la conexión entre el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de nuestra Constitución y el secreto. En particular, ha dicho que el artículo

---

<sup>74</sup> Artículos 463 y 556 del Código Penal.

<sup>75</sup> Artículo 20.5. del Código Penal.

<sup>76</sup> F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, 11 ed.

<sup>77</sup> STC 37/1989, de 15 de febrero (Sala 1ª), con cita expresa del artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

18.1 de la Constitución garantiza el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad. Además, ha afirmado que el respeto a la intimidad constituye una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no solo un ámbito de reserva exigido en el ejercicio de la actividad profesional, que por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que la Constitución garantiza<sup>78</sup>. Sin embargo, parece que el Tribunal Constitucional (y el Tribunal Supremo) se resisten a reconocer al médico y al paciente un derecho subjetivo al secreto profesional. Tal situación ha sido descrita por el Tribunal Supremo al decir que el secreto médico es una modalidad del secreto profesional, un medio para proteger derechos fundamentales, pero no un derecho fundamental en sí mismo, sino un deber enderezado a evitar intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>79</sup>.

Como resumen de lo expuesto, quizá pueda decirse que el secreto profesional es, desde luego, un deber del médico, pero también puede entenderse como un derecho del paciente y un derecho de los profesionales sanitarios, debiéndose regular los supuestos en los que puede manifestarse ese derecho al silencio.

#### **4.2. La responsabilidad por incumplimiento del secreto médico**

La responsabilidad del médico por incumplimiento del secreto profesional puede ser penal, civil, disciplinaria o deontológica. A la responsabilidad civil se refiere la citada Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La responsabilidad disciplinaria ha de buscarse en

---

<sup>78</sup> STC 115/2000, de 10 de mayo (Sala 2ª) y ATC 600/1989, de 11 de diciembre.

<sup>79</sup> STS, Sala 3ª, de 22 de julio de 1991.

las normas estatutarias o laborales, cuando el médico lleve a cabo su quehacer profesional por cuenta de otro, transfiriendo de antemano los frutos de su trabajo, lo que supone la asunción de derechos y deberes específicos. También nos hemos referido en su momento a la responsabilidad deontológica, que es la que corresponde a los colegios profesionales, en virtud de lo dispuesto por la ley. Por último, tratamos a continuación, por su especial importancia, la responsabilidad penal.

#### 4.2.1. *La responsabilidad penal por incumplimiento del secreto profesional*

Debe resaltarse, como se ha hecho doctrinalmente, que nuestro Código Penal introduce por vez primera una tutela global de la intimidad, y no solo de una parte de la misma, tal y como sucedía anteriormente, ya que se limitaba a proteger el secreto. Por otro lado, se ha pretendido adecuar la regulación penal con el resto de las normas, especialmente con la ley orgánica de protección de datos<sup>80</sup>.

El precepto que más nos interesa es el que se refiere al secreto profesional. Nuestro Código Penal distingue dos supuestos diferentes<sup>81</sup> que analizamos a continuación.

#### 4.2.2. *Divulgación de los secretos de otra persona por profesionales*

En esta figura penal se recoge, por tanto, la protección penal del secreto médico. Se describe así:

“El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona”.

---

<sup>80</sup> J.C. CARBONELL MATEUY, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Comentarios al título X, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, dirigidos por Tomás S. Vives Antón, Valencia, 1996.

<sup>81</sup> Artículo 199, puntos 1 y 2 del Código Penal.

Pena: prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 2 a 6 años.

El Código Penal protege en este caso la vulneración de la intimidad del paciente, junto con su inevitable secuela que es el quebrantamiento del deber profesional del médico. Téngase en cuenta, además, que la violación del secreto profesional se puede cometer de manera oral, por escrito, por gestos e incluso de manera encubierta.

Dentro de la palabra profesional hay que comprender a todas las personas encuadradas en el arte de curar, incluyendo profesionales de la medicina o enfermería, así como a los farmacéuticos.

Ya hemos visto como el Código Penal requiere que el profesional divulgue los secretos de otra persona, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva. Tal requisito es equivalente a divulgarlo sin justa causa. En consecuencia, tiene dos elementos: el primero, la transmisión a tercero, y el segundo, la ausencia de justificación o de causa legítima. Por lo demás, divulgar los secretos de otra persona es tanto como comunicarlos a tercero, que no los conoce ni tiene por qué conocerlos. No existe incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva cuando el propio interesado autoriza la divulgación, si bien debería mantenerse el secreto cuando afecte a dos o más personas y la revelación pueda perjudicar a cualquiera de ellas. Ahora bien, al margen de su trascendencia penal, puede el médico infringir las normas éticas o morales del ejercicio profesional, que son más amplias y que también han de tenerse en cuenta.

Se pueden citar algunas causas de exoneración de la obligación de guardar secreto:

a. La obligación de denunciar.

Ya vimos anteriormente como la Ley de Enjuiciamiento Criminal así lo establece, al referirse al profesor de medicina, cirugía o farmacia cuando tuviere relación con el ejercicio una actividad

profesional, obligando a denunciar determinados hechos delictivos<sup>82</sup>. Necesariamente tenemos que reiterar aquí la discriminación con que la ley trata a los profesionales de la medicina en relación con los abogados y procuradores y remitirnos a las consideraciones anteriormente expuestas.

- b. Obrar en virtud de un estado de necesidad<sup>83</sup>.  
Se citan como tales el médico que debe dar parte de la enfermedad infecciosa de su paciente a otro miembro de la familia; el facultativo que advierte al director de un colegio de la existencia de una enfermedad contagiosa en el mismo, o el médico que pone en conocimiento del dueño de una casa el padecimiento de un sirviente.
- c. Las enfermedades de declaración obligatoria, en cuanto tal actividad es necesaria por razones epidemiológicas y de salud pública.
- d. La defensa del médico en causa penal por homicidio o lesiones culposas, ya que la defensa del facultativo entraña un interés superior al deber de secreto.

#### 4.2.3. *Revelación de los secretos ajenos por razón del oficio o relaciones laborales*

El Código castiga al que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales.

Pena: Prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

Se observará que aquí no se trata ni se refiere a profesionales.

---

<sup>82</sup> Artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>83</sup> Artículo 20.5 del Código Penal.

#### 4.2.4. *Delitos que protegen la intimidad de los datos objeto de tratamiento automatizado*

Por último, es importante tener en cuenta que el Código Penal establece una serie de delitos que protegen la intimidad de los datos<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> En concreto los artículos 197, 198, 200 y 201, que se pueden sistematizar de la siguiente manera:

- a. El código sanciona al que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Pena: Prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.
- b. Se sanciona igualmente al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hayan registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Pena: Prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.
- c. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Esta hipótesis puede plantear los supuestos de acceso por cualquier medio, sin autorización, a la historia clínica de un paciente.

- d. Si los hechos descritos en los apartados anteriores afectan a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. Con carácter general, en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos descritos, es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en los casos de menores, incapacitados o desvalidos, en que puede denunciar también el Ministerio Fiscal. Además, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, si bien el juez puede no admitirlo en el caso de menores o incapacitados.

Nuestro Tribunal Supremo ha condenado en un caso por revelación de secretos a un periodista que identificó en una publicación a dos presos enfermos de SIDA. En concreto por vulneración del artículo 197.2 del Código Penal. Dicho Tribunal ha entendido que el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo “accede” a los

## **Caso I. Paciente diabético y conducción**

*Se trata de un paciente diabético en tratamiento con insulina desde hace 5 años. Ha recibido educación diabetológica, siendo siempre informado sobre el peligro de hipoglucemias. Se le ha hecho especial hincapié en que el control de la diabetes no debe ser tan estricto que implique hipoglucemias graves con frecuencia. A pesar de recibir esta información prácticamente en cada consulta desde hace meses, el paciente no sigue las dosis de insulina aconsejadas e incumple por exceso el tratamiento. Ha presentado hipoglucemias severas en varias ocasiones en los últimos meses (con deterioro del nivel de conciencia, necesidad de asistencia sanitaria urgente, etc.) Se da la circunstancia de que este paciente conduce a diario, negándose a abandonar la conducción a pesar de los indudables riesgos que representa para él y para otros. Ni los sanitarios que le atienden de forma habitual ni su familia, han conseguido hacerle modificar sus hábitos de comportamiento en relación con el incumplimiento terapéutico y sus hábitos de*

---

datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues solo con eso se quiebra la reserva que los cubre. Además, ha establecido que el desvelamiento de un dato personal o familiar produce un perjuicio siempre que se trate de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considere “sensible”, por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta o, dicho de otro modo, un dato que pertenezca al reducto de los que normalmente se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la vida privada de la persona y de su núcleo familiar, tal y como ocurrió en el presente caso, en el que lo noticiable y lo que interesaba a la opinión pública era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión y no la identidad de los mismos (STS de 18 de febrero de 1999 —sala 2ª—. Revista Jurídica *La Ley*, núm. 4.760).

Asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (número 11/2009) de 11 de febrero, condenó a un facultativo a las penas de tres años y tres meses de prisión, multa de 21 meses e inhabilitación absoluta por un periodo de nueve años por un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal vigente.

*conducción. En el BOE del 6 de junio de 1997 se recogen, dentro de los criterios de aptitud para obtener o prorrogar el permiso de conducción, que “no deben existir en el último año cuadros de hipoglucemia aguda ni alteraciones que cursen con pérdida del nivel de conciencia.*

*En orden a conocer los cauces legales para informar de la situación de este paciente, su médico habitual pidió información a la inspección médica del Área y ésta a su vez dirigió la consulta a la dirección médica, desde donde fue enviada al Área de Bioética y Derecho Sanitario por desconocer cual sería el procedimiento apropiado.*

En la presente consulta se plantea la posibilidad de que, por parte del médico habitual del paciente, se proceda a informar a quien corresponda de la situación en que se encuentra dicho paciente, dadas las repercusiones que pudieran derivarse de ella, rompiendo así el secreto profesional.

En el caso concreto planteado se suscita un delicado e importante conflicto de valores que debe ser previamente determinado. Por un lado, la trasgresión del secreto profesional que afecta al importante valor de la intimidad y que, naturalmente, se rompería en el caso de que fuera necesario para salvaguardar otro u otros valores de mayor entidad o importancia. Por otro lado, un valor o valores potenciales en riesgo, tal y como serían los que pudieran afectar, en hipótesis, a la vida o integridad física de otra u otras personas, además de la propia del paciente.

En resumen, la ponderación de valores en el caso concreto se plantea entre la trasgresión de un valor actual (la intimidad y el secreto derivado de ella en la relación clínica) y un valor potencial o hipotético, que pudiera llegar a ser, pero que no se sabe si se producirá, aun dentro de un contexto de riesgo (vida o integridad física).

El Código de Ética y Deontología Médica de la O. M. C., de 1999, en su artículo 16.1 establece que:

“Con discreción, exclusivamente a quién tenga que hacerlo, en justos y restringidos límites y, si lo estimare necesario, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos:

d) Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo”.

En similares términos se expresa el artículo 31.d del Código de Deontología Catalán, de 1997.

La traducción efectiva al caso planteado de los preceptos formales citados pone de relieve, tal y como ha quedado expuesto en el párrafo anterior, que la confrontación se lleva a cabo entre un valor real y un valor hipotético, sirviendo este punto de partida de base para la argumentación que se realiza a continuación.

En nuestro ordenamiento jurídico la ruptura del secreto profesional se encuentra tipificada en el artículo 199.2 del Código Penal (aunque es conveniente transcribir su total contenido), siendo castigada con penas muy severas para el profesional. Dice lo siguiente:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Para quedar exento de responsabilidad criminal, en la misma órbita que los códigos deontológicos, debe mediar una justificación suficiente

que ampare la conducta del profesional. Ésta sólo puede encontrarse en el artículo 20.5 del citado Código Penal, el estado de necesidad:

“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.

Por tanto, se debe analizar si el presente caso reúne los requisitos precisos para poder encuadrarlo en el ámbito del estado de necesidad.

En primer lugar, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, el profesional debe realizar una ponderación de los valores en conflicto. En este caso hay que sopesar el secreto profesional, como un valor importante, frente a otros posibles valores de igual o superior naturaleza (vida e integridad física).

De dicha ponderación, a nuestro juicio, debe extraerse la consecuencia de que no es suficiente, en el caso consultado, la existencia de un riesgo potencial de lesión de los citados valores, por amplio que sea, para proceder a la ruptura del secreto, siendo preciso concluir que es necesario llegar a la obtención de una certeza moral, con la finalidad de establecer el equilibrio adecuado.

El criterio anterior se corrobora por una serie de factores que tienen incidencia en el supuesto contemplado y que se exponen a continuación:

- a) En primer lugar debe considerarse la necesidad de la existencia de un diagnóstico cierto que constate, ante la conducta del paciente, el perjuicio para él y el potencial peligro en que puede situar a otras personas o a la colectividad. Dicho diagnóstico parece que existe, según los términos del escrito remitido.
- b) Debe asimismo considerarse la ocupación habitual del paciente. No puede situarse en el mismo plano al conductor ocasional que al

conductor profesional, dado el mayor riesgo que entraña este segundo supuesto (de la consulta planteada no parece desprenderse que se trate de un conductor profesional).

- c) Han de contemplarse los posibles efectos adversos de la comunicación, ya que la ruptura del secreto profesional por parte del médico supondría una quiebra de la relación de confianza médico-paciente y podría llegar a producir que los pacientes ocultaran determinados aspectos de su situación, si son conscientes de que su médico, en determinadas circunstancias, podría llegar a revelarlos.
- d) Por otra parte, en el presente caso, no parece posible la comunicación directa entre el médico y otro profesional o un servicio médico al que dirigir la información sobre la situación del paciente (único supuesto admitido hasta ahora por los tribunales, en concreto, sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 28 de noviembre de 2005).
- e) Asimismo, debe considerarse la posibilidad de que, además de la precisa y concreta información al paciente, se informe en la misma medida a su familia con el fin de que conozcan la situación en que se encuentra su familiar y, en su caso, puedan influir en sus hábitos y comportamiento (del escrito remitido se desprende que la familia conoce la situación del paciente, sin que este último haya manifestado oposición a tal circunstancia).
- f) En todo caso, con la finalidad de llevar a cabo una actuación correcta, tanto desde el punto de vista ético como jurídico, se deberá dejar la oportuna constancia en la historia clínica.
- g) Por último, debe concluirse que situaciones como la que se expone podrían implicar la tendencia a considerar a los profesionales sanitarios como garantes de la seguridad colectiva, actuando como agentes dobles, lo que evidentemente se encuentra muy lejano del ejercicio de las funciones profesionales.

Por todo lo antedicho, nuestra opinión es contraria a que, en el presente caso, por parte del facultativo se informe a otras instancias de la situación del paciente.

## **Caso II. Solicitud de grabación de la conversación con un médico mediante un teléfono móvil**

*Debido a estar en desacuerdo con el trato recibido por su médico de familia en un Centro de Salud, la paciente solicita permiso para grabar con el teléfono móvil la conversación mantenida en la consulta.*

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, indica en su artículo 1.1 que:

“El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la Constitución (RCL 1978, 2836), será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

Por su parte, la citada ley señala, en su artículo 2.2, lo siguiente:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

En el presente caso la paciente deberá utilizar, si así lo desea, el cauce establecido en la Orden 605/2003, de 21 de abril, por la que se desarrolla el Sistema de Sugerencias, Quejas y Reclamaciones de la Comunidad de Madrid en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, sin que sea posible, como ha quedado expuesto, la grabación a través del teléfono móvil.

## **Caso III. Solicitud de información clínica de una familia ante una posible situación de riesgo para menores**

*Desde un Servicio de Atención a la Familia e Infancia en Riesgo (SAFIR), se han puesto en contacto con nuestra Área para solicitar, a un médico de Atención Primaria, información clínica de una familia*

*en la que, al parecer, han detectado una posible situación de riesgo para dos menores. Por otra parte, desde SAFIR nos informan que a ellos les han hecho dicha solicitud desde la Comisión de Tutela del Menor (CTM).*

*Si bien entendemos la necesidad de información desde la Comisión de Tutela del Menor, no creemos sin embargo que el circuito de solicitud sea el correcto. ¿Nos lo podríais confirmar?*

El caso planteado sugiere una serie de cuestiones de indudable importancia en el ámbito bioético. Tal es el caso, por una parte, de la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y la protección de sus derechos, y por otra la protección de los datos de carácter personal.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, dispone, en su artículo 11.1, en relación con la comunicación de datos, lo siguiente:

“Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

Por tanto, en una aplicación estricta del precepto citado, sería preciso contar con el consentimiento previo de los interesados para la comunicación de sus datos al organismo correspondiente, reconociendo, por otra parte, el cumplimiento de fines directamente relacionados con sus funciones legítimas en cedente y cesionario.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta, en el caso de los menores, las obligaciones de colaboración con las instituciones protectoras que la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, impone al

personal sanitario de los servicios de salud. Así, el artículo 45 de la citada norma dispone:

“Los titulares de los Servicios de Salud y el personal sanitario de los mismos, están especialmente obligados a poner en conocimiento de la Comisión de Tutela del Menor y de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, aquellos hechos que puedan suponer la existencia de desprotección o riesgo infantil, así como colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del niño”.

En todo caso, es preciso tener en cuenta el principio de proporcionalidad que rige en esta materia y que obliga a facilitar exclusivamente aquellos datos imprescindibles para asegurar la finalidad perseguida.

Por lo expuesto, en el caso planteado, y con la finalidad de proteger el interés de los menores, sería obligado facilitar la información solicitada a través de la Comisión de Tutela del Menor.

#### **Caso IV. Información sobre la habitación en que se encuentra un paciente**

*Nos gustaría saber si estamos actuando correctamente al proporcionar, en el puesto de información general del hospital, la habitación donde está ingresado un paciente, cuyo visitante, al llegar, nos pregunta dando el nombre. Si bien pensamos que esta es una práctica habitual, y que si en algún caso el paciente nos ha manifestado su negativa a que se informe, ello se ha comunicado a los informadores, nos planteamos si deberíamos hacer sistemáticamente esta pregunta al paciente que ingresa, para que nos autorice o no, o si en realidad no podemos dar la información mencionada en el puesto general.*

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece, en sus artículos 2.1 y 2.2 respectivamente, lo siguiente:

“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido, cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

La doctrina acerca de los actos propios ha sido recogida por la jurisprudencia en múltiples sentencias, entendiéndose que se caracterizan por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, o bien como la renuncia de los derechos, tipificada por una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca y sin condicionamiento alguno, por virtud de la cual el titular de un derecho hace dejación del mismo.

Trasladando los artículos citados, así como la doctrina de nuestros tribunales sobre la intimidad al caso que se consulta, resulta que:

- El propio paciente determina lo que para él es íntimo.
- Que deben tenerse en cuenta los usos y prácticas sociales que, en el presente caso, delimitan el alcance de la intimidad.
- La actuación que determinan los usos y prácticas sociales está basada en la buena fe y en el interés del propio paciente.
- En conclusión, en el presente caso, como regla general, debe informarse a las personas que muestren interés por el paciente.

De todo ello se deduce que la intimidad, que pudiera verse afectada por la divulgación de la información, es un concepto dinámico y evolutivo que habrá que acomodar a las circunstancias del caso concreto, de tiempo y de lugar.

Por lo tanto, en el caso que se consulta, si no existen indicios racionales de que la situación que se plantea pueda ser anormal y suponer algún problema a juicio de la persona consultada, no habría inconveniente en facilitar la información solicitada.

Por último, sí deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que el propio paciente haya expresado su deseo de limitar a determinadas personas el acceso a la información, en cuyo caso habrá de respetarse su voluntad.

### **Caso V. Acceso por un trabajador de un centro sanitario a datos de carácter personal**

*Reclamación de una persona, relativa a la posibilidad de impedir el acceso a sus datos de carácter personal a algún trabajador del centro sanitario en el que ha sido atendida.*

La reclamación formulada se refiere concretamente a una persona que forma parte de los profesionales que prestan sus servicios en el centro, y por la información facilitada, se entiende que se trata de un trabajador que pertenece al colectivo del Personal Sanitario no Facultativo.

En todo caso, la normativa sobre protección de datos de carácter personal, y en concreto, La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, así como el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establecen claramente dos normas fundamentales por las que se rige el acceso a los datos de carácter de personal:

- A dichos datos solo es posible acceder en virtud del desempeño de las funciones profesionales.

- Todo el que por el citado ejercicio profesional accede a datos de carácter personal está obligado a guardar el correspondiente secreto.

En cuanto al deber de secreto es preciso recordar lo dispuesto en las normas siguientes:

- El artículo 199 del vigente Código Penal.
- El artículo 10 de la citada Ley Orgánica 15/1999.
- El artículo 55.1 de la Orden de 16 de abril de 1973, por la que se aprueba el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social.

Por lo tanto, en el caso planteado por la reclamante, no es posible impedir el acceso a sus datos de carácter personal a quien se encuentra cumpliendo con sus funciones y, además, está obligado a guardar el debido sigilo.

Por último, puede la reclamante, si así lo desea, solicitar el cambio de centro de sanitario, al objeto de evitar un posible deterioro de sus relaciones con el personal que presta sus servicios en el centro sanitario en el que es atendida habitualmente.

### **Caso VI. ¿Qué problemas puede plantear dejar un mensaje en el contestador para confirmar la cita de un paciente?**

*Cada vez con más frecuencia, los pacientes que acuden a nuestro centro sanitario nos solicitan que les confirmemos sus citas médicas dejándoles un mensaje en su contestador telefónico. Si bien venimos haciéndolo últimamente, dado que se agilizan mucho las citas y los pacientes lo agradecen, nos gustaría saber si ello puede a la larga originarnos algún problema de tipo legal.*

El caso planteado sugiere una serie de cuestiones de indudable importancia en el ámbito bioético. Tal es el caso de la necesaria protección de

la intimidad y el derecho que tiene toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud.

No cabe duda de que la cuestión planteada se enmarca en la categoría de los datos referentes a la salud, que gozan de la máxima protección (nivel 3) que dispensa la ley, lo cual, en una interpretación estricta de la normativa vigente, haría imposible proceder en la forma que se plantea en la consulta, con las consecuencias que ello tendría para el normal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Sin embargo, elementales razones de eficacia y eficiencia aconsejan que, sin ignorar el respeto de las normas, se acuda a fórmulas que permitan un funcionamiento acorde con los objetivos que se persiguen.

Así, en el caso planteado, es posible ofrecer al paciente la posibilidad de ser citado telefónicamente para evitarle desplazamientos, siempre que haya sido informado previamente de las posibilidades existentes y de las situaciones que pudieran derivarse en cada caso, y éste acepte tal posibilidad.

De la opción elegida por el paciente deberá quedar la oportuna constancia sin que, a nuestro juicio, y por las razones antes apuntadas, se adopte un sistema excesivamente riguroso que pudiera dificultar el funcionamiento ágil del servicio.

**Caso VII. Intimidad e información: ¿Tiene la madre derecho a que se oculte al padre la infección por VIH/Sida que tiene el hijo de ambos?**

*Se trata de una paciente gestante que acude al hospital, con un bajo nivel de conciencia, para ser atendida por parto en curso. Según refiere el cónyuge, la gestación tiene un seguimiento adecuado, sin ningún problema, y la madre está sana, no recibe tratamiento y no tiene antecedentes de interés. Producido el parto, el Servicio de*

*Neonatología donde el recién nacido es ingresado, averigua por consulta a la historia clínica de la madre que obra en dicho hospital, que la madre ha sido diagnosticada y tratada “por presentar infección por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) con tratamiento antirretroviral cuando comenzó la gestación”. Conocidos los hechos se instaura el tratamiento que procede de conformidad a lex artis, tanto a la madre como al recién nacido. La cuestión conflictiva surge cuando la madre se niega a que dicha información, referida a la infección VIH, se facilite a su pareja, padre del recién nacido.*

Evidentemente, se ha actuado adecuadamente sobre el recién nacido, conforme a la lex artis (en interés superior del menor), y a mayor abundamiento cuando se cuenta con el consentimiento informado de la madre.

Sobre si el padre tiene derecho a recibir esa concreta información, debe aclararse que el artículo 154 del Código Civil señala:

“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- a) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- b) Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.

Además, el artículo 68 del Código Civil establece que:

“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las

responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

En fin, La Constitución Española en su artículo 39 establece lo siguiente:

- “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En similar sentido se manifiesta la doctrina, cuando señala que el ejercicio de la patria potestad, en concreto, la derivada del apartado primero del artículo 154, supone el deber, por parte de los padres, de cuidar tanto de la salud como de la seguridad personal de los hijos. De manera concreta, se entiende que el deber genérico de cuidado del hijo, impuesto a los padres, engloba el específico deber de cuidar de su salud. Dicho deber, que alcanza el de garantizar su asistencia médica, exige un ejercicio conjunto de la patria potestad reflejado en la codecisión y en la cogestión paternal, basándose tal conclusión en los apoyos legislativos del derecho internacional y del derecho interno<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Por todos, GONZÁLEZ MIRASOL, V. P. Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de, Justicia de Castilla-La Mancha, que menciona a los principales autores sobre la materia, Revista *LA LEY* núm. 6326, correspondiente al lunes, 26 de septiembre de 2005.

En el ámbito internacional puede citarse a tal efecto la Resolución num. C-148/37, del Parlamento Europeo, sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados, del 16 de junio de 1986 o las Recomendaciones dirigidas a los padres por la Comisión Hospitalaria de la CEE, respecto al tratamiento de los niños hospitalizados.

El incumplimiento del deber que tienen ambos padres de cuidar de su hijos y, por lo tanto, de garantizar que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria, determina la aparición de la oportuna responsabilidad, que puede ser exigida desde distintos ámbitos del ordenamiento según la mayor o menor gravedad del comportamiento activo o pasivo de los padres, y por lo tanto, de su correspondiente calificación como infracción penal o como ilícito civil. Tan es así, que desde el punto de vista penal tienen la condición de garantes desde el momento en que asumen la obligación de garantizar la indemnidad de sus hijos. Más aún, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 950/1997, de 27 de junio) recuerda que nunca ha planteado cuestión que los padres tienen respecto a sus hijos menores la obligación legal establecida en el Código Penal (apartado a) del artículo 11), por venir así exigido por el artículo 39.1 de la Constitución (ya citado), en el sentido de que los citados padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y que el Código Civil (artículo 110) dispone que los padres están obligados a velar por los hijos menores, incluso aunque no ostenten la patria potestad.

De la interpretación sistemática de las normas que regulan la patria potestad y la protección del menor, cabe concluir que efectivamente el padre tiene derecho a conocer los datos relacionados con la salud de su hijo, y en mayor medida cuando estos datos sean relevantes, aun cuando la madre se oponga, porque en otro caso se lesionaría el derecho del otro cónyuge al ejercicio conjunto de la patria potestad y el inexorable deber de velar por el cuidado del hijo.

### **Caso VIII. Solicitud de historia clínica de paciente fallecido**

*Solicitud por parte de pareja de hecho, no registrada en el Registro Civil, del informe de urgencia y del SUMMA 112 de su pareja fallecida en urgencias del hospital. Aporta el libro de familia, en donde figura una hija menor de edad reconocida por el fallecido, y en el fichero maestro de pacientes se comprueba que ambos viven en el mismo domicilio.*

*El motivo de la solicitud es conocer la causa del fallecimiento. El único episodio del hospital es el de urgencias, por lo que no podemos conocer si el paciente lo hubiese prohibido expresamente.*

*Resumen del informe de urgencias:*

*Se recibe en urgencias a un paciente VIH, VHB y posible VHC (estos datos se los dan unos amigos del fallecido que estaban con él en otro domicilio diferente y que al encontrarle inconsciente le hacen las maniobras de RCP). Tras presentar PCR en su domicilio, se avisa al 061, y tras 20 minutos con ritmo bradicárdico, le colocan MCP y trasladan al servicio de urgencias del hospital. Presenta a su llegada un GCS 38, pupilas midriáticas, ausencia de ventilación y latido. Ante el mal pronóstico tras >28 minutos, y datos de muerte encefálica, se decide limitar el esfuerzo terapéutico, falleciendo al momento.*

*¿Se le podría dar la documentación a la pareja con la acreditación aportada? ¿O en este caso el derecho es de la hija menor y por lo tanto de su tutor/a que es la madre? ¿Los datos aportados por terceros respecto a los antecedentes personales, se deberían omitir?*

Los hechos, que según la información que se aporta parecen ciertos, son que el fallecido ha reconocido a una hija de la mujer con la que convive, en domicilio común, que según se dice consta en el fichero

maestro, pero a su vez presuponiendo que se trata de una pareja de hecho, ésta no ha sido registrada.

Que en base al punto anterior, la hija (reconocida) del fallecido está vinculada al mismo por razones evidentemente familiares.

Que la citada hija es menor y por tanto corresponde el ejercicio de la patria potestad a quien la tenga atribuida, en principio, su madre y por tanto la legitimación para ejercitar derechos y acciones en su nombre.

Que en base a lo anterior, esta menor podría, a través del procedimiento meritado, solicitar la información de referencia.

Ocurre, sin embargo, que por razones de economía procesal, tanto en la situación descrita, como si lo pide directamente la mujer, que dice ser pareja de hecho, aún no registrada, se obtendrían los mismos resultados, esto es, la puesta a disposición del informe que solicita a dicha persona.

Que aún suponiendo la situación de “tercero” de la solicitante, puede alegar la motivación de precisar la información para “prevenir un riesgo para su salud” sobrevenido de la convivencia con el fallecido.

Todo ello sin perjuicio de que se omitan las anotaciones subjetivas de los facultativos que así lo estimaran, o aquellos datos que pertenezcan a la intimidad del fallecido, cuya oposición a la solicitud de información no consta.

Y, finalmente, a la misma solución se llega en base a lo previsto en el art. 18. 4. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Consecuentemente, podría facilitarse la información a la solicitante, bien por ejercicio de una acción directa o a través de la hija menor reconocida.

---

---

### III

## LA HISTORIA CLÍNICA

### 1. CONCEPTO

La historia clínica se puede considerar y definir desde diferentes perspectivas<sup>86</sup>. El Diccionario de la Lengua Española<sup>87</sup> recoge el que podríamos llamar punto de vista gramatical al definir la historia clínica como la relación de los datos con significación médica referentes a un enfermo, al tratamiento a que se le somete y a la evolución de su enfermedad. Este concepto, no obstante es insuficiente en nuestro ámbito sanitario, ya que la historia clínica no se limita a recoger información acerca de la enfermedad, sino también sobre la salud, los hábitos de vida, la familia e incluso datos acerca de los aspectos laborales y sociales de cada persona, sana o enferma.

El concepto médico de la historia clínica ha evolucionado a lo largo de la historia, entre otras circunstancias, por la distinta organización de la asistencia, basada ahora en la mayoría de las ocasiones en equipos multidisciplinares (especialmente en la medicina pública).

---

<sup>86</sup> SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. *Derechos de los pacientes*. Fundación Salud 2000. Granada 2003.

<sup>87</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. 2001. Espasa.

LAÍN ENTRALGO<sup>88</sup> se refiere a la historia clínica como “la narración completa o parcial de la experiencia del médico en su relación con un enfermo determinado” y la describe como el documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, tratamiento y la posible curación de su enfermedad.

La composición y orden lo relaciona con el relato patográfico, definiendo siete componentes:

1. Encabezamiento: datos del individuo enfermo.
2. Antecedentes, incluyendo los remotos, los vinculados a la aparición de la enfermedad y los próximos.
3. Estado actual.
4. Curso de la enfermedad, que describe la evolución desde la formulación del diagnóstico hasta su terminación.
5. Terminación, que se resume en tres posibilidades genéricas: la curación total, la curación con defecto o la muerte.
6. Necropsia.
7. Epicrisis: la descripción de la lección que brinda el caso, estableciendo el diagnóstico, comentará el resultado del tratamiento, y hará las consideraciones etiológicas, anatomopatológicas, patogenéticas y fisiopatológicas que la historia sugiera.

Por su parte, CRIADO DEL RÍO<sup>89</sup> la define como el documento médico-legal donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médicosanitarios realizados con él, todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia, desde su nacimiento hasta su

---

<sup>88</sup> LAÍN ENTRALGO, P. *La historia clínica*. 3ª edición. Triacastela; 1998.

<sup>89</sup> CRIADO DEL RÍO, M. T. *Aspectos Médico-Legales de la Historia Clínica*. Madrid: Colex; 1999.

muerte, y que puede ser utilizada por todos los centros sanitarios donde el paciente acuda.

La definición legal de la historia clínica se contiene en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>90</sup>.

Según dicha norma se entiende por historia clínica el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial. Dicho concepto está envuelto en uno más amplio, el de la documentación clínica, y se remite a otros dos más concretos, los de información clínica y alta médica.

La documentación clínica es el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial.

Por información clínica se entiende todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla.

Por último, el informe de alta médica es el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas.

Las definiciones a que se ha hecho referencia están, además, relacionadas con una serie de principios básicos que recoge la ley 41. En concreto,

---

<sup>90</sup> En adelante ley 41.

y por lo que hace referencia a la historia clínica, deben destacarse los principios de la dignidad de la persona humana, y el del respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, que orientan toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

Sin embargo, la citada ley 41 se ha ocupado también de destacar el deber que tiene todo paciente o usuario de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando son necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria<sup>91</sup>.

Constituyen, además, principios básicos, según la norma, la obligación que tiene todo profesional de cumplir no sólo con la correcta prestación de sus técnicas, sino con los deberes de información y documentación clínica, sin perjuicio de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. En todo caso, cualquier persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

En una aproximación más concreta la ley 41 nos dice que la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en los mismos, y todo ello con el objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro<sup>92</sup>.

Con una aclaración digna de encomio, la ley 41 dispone que cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten,

---

<sup>91</sup> V. artículo 2.5 de la ley 41.

<sup>92</sup> Artículo 14.1 de la ley 41.

de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información<sup>93</sup>.

En último extremo, establece dicha ley que las Comunidades Autónomas deben adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental<sup>94</sup>.

## 2. FINALIDAD DE LA HISTORIA CLÍNICA

La finalidad de la historia clínica es, desde luego, facilitar la asistencia al paciente. No obstante, de forma pormenorizada sus objetivos se pueden resumir de la siguiente forma:

1. Recoger todos los datos sobre el estado de salud o de enfermedad de la persona que consulta o recibe atención sanitaria.
2. Servir como fuente de información a todos los profesionales que componen el equipo asistencial de un paciente, o de otros profesionales cuando el paciente cambie de médico; servir para elaborar informes o certificados; y servir como medio de prueba para los jueces y tribunales.
3. Otras aplicaciones de tipo científico, de planificación sanitaria, o similares.

En definitiva, se puede definir la historia clínica como el documento médico-legal en donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarios realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Artículo 14.2 de la ley 41.

<sup>94</sup> Artículo 14.4 de la ley 41.

<sup>95</sup> V. CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

El fin principal de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria, permitiendo el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud de cada persona atendida en un servicio sanitario, de tal manera que todo profesional sanitario tenga a su disposición la información necesaria para abordar las actividades de prevención, promoción, curación, cuidados o rehabilitación que dicha persona precise en cada momento.

Los datos recogidos con esta finalidad asistencial pueden ser utilizados además en interés o beneficio de la colectividad. Por este motivo, las normas deontológicas y nuestra legislación posibilitan la utilización de la historia clínica para otros fines especificados en ellas, teniendo siempre presente la salvaguarda de los derechos del paciente en la medida en que esto sea posible.

CRIADO DEL RÍO<sup>96</sup> resume dichos fines en los siguientes: la investigación clínica y epidemiológica, la docencia, la inspección sanitaria, la administración y planificación sanitaria, estudios de calidad asistencial, permitir el progreso de la actividad docente, ser el medio de defensa de los derechos del enfermo en los casos de responsabilidad profesional y ser un medio de información sanitaria del propio paciente para poder decidir con conocimiento de causa.

STARFIELD<sup>97</sup> agrupa las funciones de la historia clínica bajo los siguientes epígrafes:

- Servir de soporte a la atención médica al paciente concreto, así como ser instrumento epidemiológico en la planificación asistencial a la población.

---

<sup>96</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

<sup>97</sup> STARFIELD, B. *Atención Primaria. Equilibrio entre necesidades de salud, servicios y tecnología*. Masson S.A. 2001.

- Documento médico-legal, pues se considera que lo registrado en la historia clínica refleja los procesos asistenciales y, por lo tanto, sirven de prueba cuando se cuestiona algún aspecto de la atención.
- Las historias clínicas influyen sobre los procesos asistenciales, ya que al mejorar el registro en las historias clínicas y otras tecnologías, mejoran la asistencia que se proporciona a los pacientes.
- Finalmente, las historias clínicas son una fuente de información acerca de la calidad de la asistencia prestada y proporcionan pistas sobre cómo mejorarla.

SÁNCHEZ CARO<sup>98</sup> también nos recuerda que los datos contenidos en la historia clínica pueden recabarse por diversos agentes y para distintas finalidades:

- Por el paciente o en su caso, por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- Por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en función de sus propias necesidades, que se traducen, en general, en el requerimiento de datos de filiación, estancia y localización y, con menor frecuencia, de datos clínicos.
- Por la inspección de servicios sanitarios, a fin de llevar a cabo la evaluación correspondiente de la incapacidad laboral, tramitar correctamente los expedientes disciplinarios y realizar los informes sobre denuncias por imprudencia o negligencia.
- Por la Seguridad Social, para la correcta tramitación de las pensiones (de invalidez fundamentalmente) y suministrar información adecuada a los equipos de valoración.
- Por las compañías de seguros, en relación con las pólizas contratadas por el paciente.

---

<sup>98</sup> SÁNCHEZ CARO, J. Opus cit.

- Por diferentes órganos de las Administraciones públicas con fines judiciales, epidemiológicos o relacionados con la investigación o salud pública.
- Por los profesionales sanitarios en el cumplimiento de sus funciones asistencial, docente e investigadora.

La Recomendación 5/97<sup>99</sup>, en su artículo 4, hace referencia a las condiciones y los fines de la recogida y procesamiento de los datos médicos de forma pormenorizada:

- Los datos médicos deben ser recogidos y procesados de forma honrada y legalmente, y sólo para fines especificados.
- Los datos médicos deben ser recogidos y procesados:
  - Si lo dispone la ley por razones de salud pública, bajo las condiciones del Principio 4.8, la prevención de un riesgo real o la represión de un crimen específico u otro interés público importante.
  - Si lo permite la ley para fines médicos preventivos o para fines diagnósticos o terapéuticos relativos al afectado o a un pariente en línea genética; para salvaguardar intereses vitales del afectado o de una tercera persona; para el cumplimiento de obligaciones contractuales específicas; o para establecer, ejercitar o defender una reclamación legal.
  - Si ha dado su consentimiento el afectado, su representante legal o la autoridad, persona u órgano previsto por la ley, y en la medida en que la ley nacional no disponga otra cosa.
- Si los datos médicos se han recogido con fines médicos preventivos, diagnósticos o terapéuticos relativos al afectado o a un pariente en línea genética, también pueden procesarse para la gestión de un servicio médico que trabaje en interés del paciente, en los casos en que su manejo esté previsto por el profesional sanitario

---

<sup>99</sup> Recomendación N.R. (97), del 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Protección de Datos Médicos.

que los recogió, o cuando los datos sean comunicados de acuerdo con los Principios 7.2 y 7.3.

Cualquier otra utilización de la historia clínica que no sea facilitar la asistencia del paciente o las señaladas en la ley, debe reunir las siguientes condiciones:

- No violar la confidencialidad e intimidad del paciente.
- Contar con el consentimiento libre e informado del paciente.
- Poseer la autorización del médico que ha prestado la asistencia.

### 3. IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA<sup>100</sup>

Desde el punto de vista clínico la importancia de la historia clínica viene determinada por ser el instrumento básico e imprescindible del ejercicio de la medicina en donde se reflejan los actos médicos y la relación médico-paciente con finalidad asistencial<sup>101</sup>. En la historia clínica se recogen una gran cantidad de datos relativos a la persona. No hay que olvidar que existen múltiples factores que pueden incidir de una u otra forma en la salud: antecedentes familiares, formas de ocio, vida sexual, alimentación, hábitos de vida, actividades de riesgo, incluso creencias o antecedentes penales, y por supuesto, datos de salud, tanto pasados como presentes, e incluso futuros que nos pueden ofrecer algunos estudios genéticos o, simplemente, los datos de probabilidad relativos a la evolución de los distintos procesos o enfermedades ya en marcha<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> FABERO JIMÉNEZ, A. *La historia clínica. Una perspectiva sobre la confidencialidad y el acceso a la información clínica desde Atención Primaria*, en “Cuadernos del Master en Derecho Sanitario”, volumen III. Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>101</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. *Opus cit.*

<sup>102</sup> SÁNCHEZ CARO, J. y SÁNCHEZ CARO, J. *El médico y la intimidad*. Madrid: Díaz de Santos; 2000.

Por otra parte, la cumplimentación de la historia clínica es requisito imprescindible prestar una asistencia sanitaria de calidad, a la que todo paciente tiene derecho. El artículo 13.1 del Código Deontológico dice así: Los actos médicos quedarán registrados en la correspondiente historia o ficha clínica. El médico tiene el deber y también el derecho de redactarla<sup>103</sup>.

Desde el punto de vista médico-legal, la importancia de la historia clínica viene, determinada por el hecho de ser el documento que refleja el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto al paciente (deber de asistencia de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, deber de cuidado, deber de información, deber de obtener el consentimiento) convirtiéndose así en la prueba documental del buen o mal ejercicio de la profesión en los casos de reclamaciones de responsabilidad a los profesionales e instituciones sanitarias.

Sin embargo, es indudable que la solidez de la historia clínica como prueba, viene determinada por su grado de fiabilidad. Así, mientras que el valor probatorio de la historia clínica con soporte en papel ha sido abundantemente recogido en la jurisprudencia, en un principio, este mismo valor no se trasladaba a priori a la historia informatizada, al considerarse que ésta era susceptible de ser manipulada con mayor facilidad, salvo que se incorporasen las medidas necesarias para garantizar la protección de su contenido y asegurar la identificación en todo momento del profesional responsable de cada anotación.

Esta situación de desconfianza inicial acerca de la fiabilidad de la historia clínica informatizada se vio modificada gracias al Real Decreto-Ley 14/1999, sobre firma electrónica, que regula el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de servicios de certificación. En el artículo 2 se define la firma

---

<sup>103</sup> Artículo 13.1 del Código de Ética y Deontología Médica. OMC, 1999.

electrónica como el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge. Así mismo se define la firma electrónica avanzada como aquella firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.

En este sentido queda de manifiesto la relevancia que tiene el procedimiento que se sigue actualmente en los Equipos de Atención Primaria informatizados, para la creación de los perfiles de usuarios con acceso a la historia clínica. Es imprescindible que dicho proceso se lleve a cabo de manera rigurosa, a fin de garantizar la fiabilidad de la historia clínica informatizada a la hora de identificar de forma inequívoca al profesional, responsable de cada registro y anotación. Dicho procedimiento conlleva no sólo la definición de distintos perfiles de usuario en función de las distintas necesidades de acceso al sistema (derivadas a su vez del puesto de trabajo concreto), también requiere el establecimiento de un único código por usuario, fácilmente identificable por todo el equipo, pero ligado a una clave personal y secreta que limita su uso a un único profesional.

#### **4. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA**

La historia clínica para cumplir adecuadamente su finalidad ha de estar bien estructurada y cumplir una serie de requisitos considerados indispensables. Según CRIADO DEL RÍO<sup>104</sup> las características que debe reunir

---

<sup>104</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. *Opus cit.*

una historia clínica para permitir una asistencia sanitaria de calidad, son las siguientes: completa, ordenada y actualizada, con las rectificaciones y aclaraciones que se precisen para completarla, inteligible, respetuosa y veraz. Finalmente, la historia clínica debe ser única para cada paciente y utilizar el soporte documental que resulte más adecuado para su gestión, conservación y posterior valoración. A continuación, utilizaremos cada una de estas características como punto de partida para la reflexión y recopilación de diferentes puntos de vista y elementos jurídicos.

a) Completa: la historia clínica debe reflejar todas las actuaciones realizadas con el paciente. Esto constituye tanto un derecho del paciente como, por lo tanto, una obligación para los profesionales que le atienden, tal y como se recoge en la ley 41, en la que se especifica, además, que la historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente<sup>105</sup>.

Disminuir la variabilidad del formato, los documentos y los contenidos mínimos de las historias clínicas, facilita su cumplimentación sistematizada. La ley 41, en su artículo 15, establece cual será el contenido mínimo de la historia clínica:

- La documentación relativa a la hoja clínico-estadística.
- La anamnesis y la exploración clínica.
- La evolución.
- Las órdenes médicas.
- La hoja de interconsulta.
- Los informes de las exploraciones complementarias.
- La evolución y planificación de cuidados de enfermería.
- La aplicación terapéutica de enfermería.

---

<sup>105</sup> Artículo 15 de la ley 41.

Se establece también que, cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga, este contenido mínimo se amplía a los siguientes requisitos:

- La autorización de ingreso.
- El informe de urgencia.
- El consentimiento informado.
- El informe de anestesia.
- El informe de quirófano o de registro de parto.
- El informe de anatomía patológica.
- El gráfico de constantes.
- El informe clínico de alta.

Otro factor que también facilita la cumplimentación de la historia clínica es la mayor accesibilidad a la misma por parte de los sanitarios gracias a la informatización de los centros de salud. Es evidente el contraste entre el proceso tradicional de solicitud de una historia clínica al archivo centralizado y, por el contrario, la inmediatez del acceso informático desde la consulta en aquellos centros en los que existe la informatización completa de las áreas clínicas y administrativas.

Por otro lado, hay que conjugar la necesidad de que la historia clínica sea completa con la obligación de solo recoger aquellos datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos<sup>106</sup>.

b) Ordenada y actualizada: la historia clínica debe caracterizarse por ser ordenada y estar actualizada. Debe mostrar la evolución en el

---

<sup>106</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. También el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

tiempo de todos los acontecimientos y actos médicos que se realizan con el paciente, debidamente fechados, con identificación de las personas y del lugar donde se realizan<sup>107</sup>. Esta necesidad es aún mayor, si cabe, en el ámbito de la Atención Primaria dado que la atención sanitaria es a largo plazo. Por ese motivo la historia clínica debe facilitar la revisión del paciente, no sólo en un momento puntual, sino también a lo largo de un período de tiempo.

STARFIELD<sup>108</sup> clasifica las historias clínicas según los siguientes modelos:

- Historias clínicas orientadas según el origen de la información: información del paciente, de pruebas de exploración, de pruebas diagnósticas, de derivaciones, etc.
- Historias clínicas estructuradas: la información se anota en categorías específicas.
- Historias clínicas orientadas en el tiempo.
- Historias clínicas orientadas por problemas: recoge una relación de problemas activos y, por otra parte, en cada visita la información se recoge según el formato SOAP o MEEP (motivo de consulta, exploración, evaluación, planificación).

Aunque no se ha estudiado en profundidad el impacto global de este tipo de formato, algunos estudios sugieren que la existencia de una hoja de problemas mejora la identificación y el seguimiento de los problemas de salud en Atención Primaria entre una visita y la siguiente, especialmente cuando ambas las realizan médicos diferentes.

Por otro lado, la lista de problemas, así como las terapias y las visitas de seguimiento se prestan fácilmente a la informatización. Finalmente,

---

<sup>107</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

<sup>108</sup> STARFIELD, B. Opus cit.

el uso de sistemas de clasificación de los problemas de salud o razones de consulta, como es el de la CIAP, facilita enormemente la utilización de la historia clínica tanto para su finalidad asistencial como la docente e investigadora, pues no podemos olvidar que, a diferencia de la asistencia hospitalaria, en el caso de la Atención Primaria no existe un único documentalista que clasifique los diferentes procesos atendidos, sino que es cada profesional sanitario el responsable de dicha clasificación.

c) **Inteligible:** es decir, que esté escrita en letra legible, con frases concisas y comprensibles y sin abreviaturas, salvo que éstas sean internacionalmente aceptadas<sup>109</sup>.

Es evidente que una historia poco legible y desordenada dificulta seriamente la realización de una atención sanitaria de calidad, lo que perjudica tanto al paciente como al propio profesional. Al paciente porque puede no recibir los cuidados o atenciones precisos, o bien éstos pueden demorarse, al no leer correctamente el médico o la enfermera el contenido de su historial clínico. También perjudica al profesional porque se ve obligado a emplear un tiempo excesivo y precioso en descifrar y localizar la información previa que muchas veces es necesaria para el desarrollo adecuado de cada visita. En un contexto sanitario progresivamente más masificado y con una oferta cada vez mayor de servicios a la población, poseer unas historias clínicas ordenadas y legibles supone un apoyo inestimable para una atención eficiente.

d) **Respetuosa:** debe ser respetuosa, sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, para otros colegas, o para la institución o sus directores<sup>110</sup>.

e) **Rectificaciones y aclaraciones con el fin de completar la historia clínica:** el médico tiene derecho a incluir en la historia clínica todas las

---

<sup>109</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

<sup>110</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

rectificaciones y aclaraciones que considere oportunas con el objeto de completarla, siempre que las mismas no sean realizadas con el propósito de ocultar alguna actuación profesional impropia<sup>111</sup>.

Las aclaraciones o rectificaciones de la historia clínica deben tener siempre como finalidad completarla para lograr una mejor asistencia y en beneficio del paciente. La inclusión de una rectificación o de una aclaración, significa que a la luz de la evolución de la patología del paciente y de los datos aportados por las actuaciones médicas, podemos aclarar el diagnóstico diferencial de su proceso y/o plantear nuevas alternativas terapéuticas.

En este sentido, es importante destacar las posibilidades que ofrecen las aplicaciones informáticas que sustentan las historias clínicas informatizadas. Tal y como ya expresamos anteriormente, el documentalista en el caso de la atención primaria de salud es el propio profesional sanitario. Él es el responsable de abordar en cada caso concreto el proceso clave dentro de la elaboración de la historia clínica de cada paciente o usuario: la clasificación de cada episodio de atención, es decir, el conjunto de una o más consultas y su relación en el curso del tiempo (transición), que se definen por razones de consulta, problemas de salud/diagnóstico y proceso de la atención/intervenciones o procedimientos<sup>112</sup>.

Es fácil suponer que en una visita inicial un paciente puede presentar un cuadro sintomático que se registrará en su historia clínica mediante la creación del episodio correspondiente. Si posteriormente se diagnostica que dicho episodio era la manifestación inicial una patología más específica, será necesario efectuar la consiguiente aclaración y rectificación en la historia clínica.

---

<sup>111</sup> SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. *Opus cit.*

<sup>112</sup> Comité Internacional de Clasificación de la WONCA. *Clasificación Internacional de la Atención Primaria, CIAP-2, Segunda edición.* Barcelona: Masson, 1999.

Para ello no será necesario, ni tampoco conveniente, ocultar que inicialmente el proceso fue clasificado de forma distinta. Esto es, lejos de suponer una merma de la calidad de la historia clínica, nos permite por el contrario contemplar la asistencia sanitaria como realmente es: un proceso continuo, con un nivel muy alto de incertidumbre dada la gran variedad de procesos atendidos en Atención Primaria y la extremada variabilidad de sus manifestaciones clínicas en cada individuo concreto.

Finalmente, es importante destacar que el médico no sólo tiene el derecho, sino también el deber de aclarar y corregir los datos inexactos o incompletos y así lo recogen diversas normas deontológicas y legales<sup>113</sup>.

f) Veraz: la historia clínica debe caracterizarse por ser veraz y así lo recoge la ley 41 al afirmar que la historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente<sup>114</sup>.

El incumplimiento de esta obligación de veracidad de la historia clínica está contemplado en el Código Penal de 1995 en el Título VXIII, “De las falsedades”, Capítulo II “De las falsedades documentales”.

g) Soporte de la historia clínica: respecto al soporte de la historia clínica, la ley 41 dice así: “Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas

---

<sup>113</sup> Artículo 37 del Código de Deontología, Normas de Ética Médica. Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, junio de 1997. INSALUD. Secreto profesional y confidencialidad en Atención Primaria. Madrid. 1999. Artículos 4 y 17 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Artículo 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>114</sup> Artículo 15 de la ley 41.

su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información”<sup>115</sup>.

En los últimos años hemos asistido a importantes cambios en el soporte de las historias clínicas que, especialmente en el ámbito de la Atención Primaria, han pasado de estar recogidas en su totalidad en formato papel, a una cada vez más extendida informatización de las historias clínicas. La incorporación de los datos de dichas historias clínicas a los sistemas informáticos aporta grandes ventajas en todas las facetas de la medicina, al facilitar la investigación y la docencia, al permitir el acceso a una gran cantidad de información; la asistencia médica, porque las redes internas permiten acceder de forma inmediata a la información necesaria para la atención sanitaria, permitiendo una mejor planificación y desarrollo de la misma; la gestión administrativa y económica, al facilitar su control y previsión, permitiendo también la reducción del gasto sanitario, al perderse menos tiempo y no duplicar muchos datos médicos por el fácil acceso a la información.

Sin embargo, la informatización de los historiales tiene como inconveniente principal el poner en peligro, si se produce un acceso indiscriminado a dichos datos, algunos de los derechos fundamentales del paciente, como son el derecho a la intimidad y confidencialidad del enfermo, al facilitarse su acceso a través de las redes informáticas, y también por ello los derechos al honor, a la dignidad y respeto de la persona<sup>116</sup>.

No podemos olvidar que el artículo 17.1 del Código de Ética y Deontología Médica, de 1999, recoge expresamente que los sistemas de informatización médica no comprometerán el derecho del paciente a la intimidad. Por lo que el mantenimiento de la seguridad y de la

---

<sup>115</sup> Artículo 14 de la ley 41.

<sup>116</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

confidencialidad de la historia clínica informatizada es una exigencia deontológica, además de ética y legal.

La Ley 13/1995 de la Comunidad de Madrid, en su artículo 14, ya preveía la necesidad de una normativa de seguridad que especificara las medidas organizativo-administrativas y de protección técnica, lógicas y físicas, que permitieran prever, detectar y recuperar las alteraciones o pérdidas de datos de carácter personal. Así mismo se planteaba la necesidad de que dicha normativa definiera medidas de identificación y autenticación de usuarios y registros de acceso a ficheros, así como procedimientos de auditoría de los sistemas de información afectados<sup>117</sup>.

El reglamento de seguridad aprobado por el Real Decreto 994/1999 regula las medidas de seguridad que deben regir a los sistemas informáticos de gestión y almacenamiento de historias clínicas: “Los ficheros que contengan datos de ideología, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual así como los que contengan datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas deberán reunir, además de las medidas de nivel básico y medio, las calificadas como de nivel alto”<sup>118</sup>.

Dichas medidas de seguridad se detallan a lo largo de los capítulos II, III y IV del citado reglamento y comprenden tanto medidas técnicas como organizativas.

---

<sup>117</sup> Artículo 14 de la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid. Modificada parcialmente por la Ley 13/1997, de 16 de junio, y por la Ley 6/1999, de 30 de marzo. Fue derogada por la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid.

<sup>118</sup> Artículo 4 del Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

Entre las medidas organizativas se encuentran las siguientes:

- Documento de seguridad: de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los datos de carácter personal.
- Funciones y obligaciones del personal: estarán claramente definidas y documentadas.
- Responsable de seguridad: encargado de coordinar y controlar las medidas definidas en el documento de seguridad. Su designación no supone en ningún caso una delegación de la responsabilidad que corresponde al responsable del fichero.
- Notificación y gestión de incidencias.
- Control de acceso (físico).
- Distribución de soportes informáticos: incluye también el proceso de almacén e inventariado.
- Auditoría: al menos cada dos años para verificar el cumplimiento del reglamento.

Respecto a las medidas técnicas de seguridad, el reglamento hace referencia a:

- Control de acceso (lógico): cada usuario tendrá acceso exclusivamente a aquellos datos que precise para el desarrollo de sus funciones. Se incluye también el registro de los accesos de cada usuario, identificando además, como mínimo, la fecha y la hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si fue autorizado o rechazado.
- Identificación y autenticación: corresponde al responsable del fichero garantizar la existencia de una relación actualizada de usuarios con acceso al sistema, así como del establecimiento de los procedimientos de identificación y autenticación para dicho acceso. Si el mecanismo de autenticación se basa en la existencia de contraseñas existirá un procedimiento que asegure su confidencialidad e integridad.
- Notificación y gestión de incidencias.

- Gestión de soportes.
- Copias de respaldo y recuperación, que deberán guardarse en un lugar distinto de aquél en que se encuentren los equipos informáticos que los traten, cumpliendo así mismo las medidas de seguridad pertinentes.
- Telecomunicaciones: la transmisión de datos de carácter personal a través de redes de telecomunicaciones deberá realizarse de tal modo que se garantice que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros.

h) Única por paciente: uno de los principios en los que convergen las reglamentaciones sobre la historia clínica y las diferentes instituciones y entidades sanitarias, favorecido por el avance de las redes informáticas, es el principio ya señalado en la ley general de sanidad<sup>119</sup> de la conveniencia del establecimiento de una historia única por cada paciente, al menos dentro de los límites de cada institución asistencial, por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente, a la labor asistencial y a la gestión y economía sanitaria<sup>120</sup>.

Por su parte, la ley 41 establece dentro de la definición de historia clínica que se deberá obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro<sup>121</sup>. Posteriormente, en la Disposición Adicional Tercera señala que “El Ministerio de Sanidad y Consumo en coordinación y con la colaboración de las Comunidades Autónomas competentes en la materia, promoverá, con la participación de todos los interesados, la implantación de un sistema de compatibilidad que, atendida la evolución y disponibilidad de los recursos técnicos, y la diversidad de sistemas y tipos de historias clínicas, posibilite su uso por los centros asistenciales de

---

<sup>119</sup> Artículo 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

<sup>120</sup> CRIADO DEL RÍO, M.T. Opus cit.

<sup>121</sup> Artículo 14 de la ley 41.

España que atiendan a un mismo paciente, en evitación de que los atendidos en diversos centros se sometían a exploraciones y procedimientos de innecesaria repetición”<sup>122</sup>.

Hoy en día podemos afirmar que se ha logrado la integración de la documentación clínica, al menos en el ámbito de cada centro. Sin embargo, el principio de la historia clínica única para cada paciente, que permita a los profesionales tomar decisiones clínicas con la menor incertidumbre posible y que posibilite la continuidad de la atención de los pacientes en cualquiera de los puntos y niveles del sistema sanitario<sup>123</sup>, sigue siendo un proyecto. No solo es necesario solventar en primer lugar los problemas técnicos derivados de la escasa compatibilidad de las diversas aplicaciones informáticas que sirven de apoyo a las historias clínicas informatizadas, es preciso también la apuesta firme, planificada y rigurosa en el sentido de generalizar la informatización de los centros sanitarios, garantizando al mismo tiempo la seguridad de la información clínica. En este contexto, es muy importante que los profesionales sanitarios conozcan la fundamentación filosófica, bioética y legislativa de la protección de datos de carácter personal relativos a la salud y, particularmente, de la historia clínica<sup>124</sup>.

Algunas Comunidades Autónomas ya han puesto en marcha sistemas que integran toda la información clínica y administrativa, como es el caso de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, pero el debate acerca de la pertinencia o no de dichos sistemas, sus indudables ventajas frente a los innegables riesgos, está ya, desde hace tiempo, en los profesionales y sociedades científicas.

Los defensores de la integración de la información clínica argumentan que la puesta en marcha de sistemas que intercomunican los centros

---

<sup>122</sup> Disposición Adicional Tercera. Coordinación de las historias clínicas. Ley 41.

<sup>123</sup> BURGOS LARUMBE, A. *La informatización de atención primaria. Conjunto mínimo y básico de datos en atención primaria*. Atención Primaria 2000.

<sup>124</sup> SÁNCHEZ CARO, J. Opus cit.

de salud entre sí y con otros niveles asistenciales facilitará al médico que está atendiendo a un paciente el acceso a aquella información relevante que le ayude a tomar decisiones correctas, favoreciendo tanto a los pacientes como a los profesionales. La obligación ética y legal de garantizar la confidencialidad de la información sería compatible con el compromiso ético de garantizar igualmente la accesibilidad de dicha información mediante sistemas de desagregación de datos y de control de accesos que tomarían necesariamente como unidad funcional el equipo de atención primaria. Los esfuerzos de infraestructuras, tecnológicos y humanos se focalizarían en una única base de datos centralizada, lo que, según algunas fuentes permitiría aumentar la seguridad.

Otros profesionales, sin embargo, ven con preocupación la creación de bases de datos centralizadas cuya vulneración supondría la afectación del derecho a la intimidad y confidencialidad de un mayor número de personas, por ello defienden que aquellas bases de datos que relacionen información sanitaria y datos identificativos directos de pacientes deberían estar descentralizadas, con un nivel máximo de integración que, en un principio, lo constituiría el equipo de atención primaria. Cuando especiales características de los procesos (daño potencial a la comunidad, seguimiento de prestaciones) aconsejaren la unión de datos identificativos de pacientes a datos sanitarios, debería desarrollarse la normativa específica para cada proceso centralizado, limitando el nivel de agregación al mínimo eficiente<sup>125</sup>.

Recientemente el Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMFYC ha hecho pública la declaración de dicha Sociedad acerca de “Informatización y Confidencialidad de la Historia Clínica”, dirigida a los profesionales, agentes sociales y responsables de la administración sanitaria. Entre otras reflexiones se presenta una propuesta para la creación, en

---

<sup>125</sup> ALONSO LÓPEZ, F. y Grupo de Trabajo sobre la Informatización de la SEMFYC. *El desafío de la informatización en atención primaria*. Atención Primaria 2000.

las historias clínicas informatizadas, de tres niveles de almacenamiento de datos.

En el primer nivel se hallarían los datos básicos que el paciente sabe que pueden ser utilizados por cualquier profesional que participe en su asistencia aunque no sea su enfermero o médico habitual. En un segundo nivel aquéllos datos privados, a los que sólo se tendría acceso con el permiso expreso del paciente (la opción que se propone es una clave de acceso mixta: clave del profesional más clave aportada por el paciente). En un tercer nivel se situarían aquellos datos reservados, a los que el paciente no tendría acceso pues recogerían las observaciones subjetivas que los profesionales consideran necesario reservar por razones asistenciales o datos referidos por terceras personas<sup>126</sup>.

## **5. CONTENIDO DE LA HISTORIA CLÍNICA**

La ley 41 afirma que todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información contenida en todos sus procesos asistenciales, tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada, y siempre que se trate de información trascendental para el conocimiento veraz y actualizado de su estado de salud, debiéndose incorporar dicha información a la historia clínica. Además, antes de entrar en la fijación del contenido mínimo de dicha historia, se subraya que su finalidad principal es facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente.

---

<sup>126</sup> Declaración de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria acerca de “Informatización y Confidencialidad de la Historia Clínica” elaborado por el Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMFYC. Se puede consultar en [www.semfy.com](http://www.semfy.com).

La estructura mínima de la historia es la siguiente:

- a) La documentación relativa a la hoja clínico-estadística;
- b) la autorización de ingreso;
- c) el informe de urgencia;
- d) la anamnesis y la exploración física;
- e) la evolución;
- f) las órdenes médicas;
- g) la hoja de interconsulta;
- h) los informes de exploraciones complementarias;
- i) el consentimiento informado;
- j) el informe de anestesia;
- k) el informe de quirófano o de registro del parto;
- l) el informe de anatomía patológica;
- m) la evolución y planificación de cuidados de enfermería;
- n) la aplicación terapéutica de enfermería;
- ñ) el gráfico de constantes;
- o) el informe clínico de alta.

Los apartados b), c), i), j), k), l), ñ) y o) sólo serán exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

La historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración en cada institución asistencial, como mínimo, lo que supone una importante modificación de la ley general de sanidad que hablaba del área de salud. Por lo demás, es obvio que la cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, es una responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Artículo 15.3 de la ley 41.

Los problemas que plantea la coordinación de las historias clínicas se abordan sobre la base de que el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración y coordinación con las Comunidades Autónomas, promueva la implantación de un sistema de compatibilidad que, atendida la diversidad de sistemas y tipos de historias clínicas, posibilite su uso por los centros asistenciales de España que atiendan a un mismo paciente. Se trata, en definitiva, de evitar que los pacientes atendidos en diversos centros se sometan a exploraciones y procedimientos de innecesaria repetición, si bien se condiciona este objetivo a la evolución y disponibilidad de los recursos técnicos disponibles<sup>128</sup>.

Las disposiciones sobre esta materia se completan con dos reglas: la primera exceptúa de la aplicación de la ley la información, la documentación y la publicidad relativas a los medicamentos y productos sanitarios, así como el régimen de las recetas y de las órdenes de prescripción correspondientes, que se regularan por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación de las reglas establecidas en la ley en cuanto a la prescripción y uso de medicamentos o productos sanitarios durante los procesos asistenciales<sup>129</sup>; la segunda establece la supletoriedad de las normas de la ley 41 sobre la documentación clínica en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial<sup>130</sup>.

## **6. PROPIEDAD DE LA HISTORIA CLÍNICA**

Los problemas relativos a la historia clínica (acceso a la información, conservación, custodia, prueba, etc.) suelen estar precedidos de discusiones

---

<sup>128</sup> V. disposición adicional tercera de la ley 41.

<sup>129</sup> V. disposición adicional quinta de la ley 41.

<sup>130</sup> V. disposición adicional segunda de la ley 41.

doctrinales referentes a la naturaleza y propiedad de dicha historia. Y así, unos sostienen la teoría de la propiedad del paciente, otros la teoría de la propiedad del médico o del centro sanitario y no faltan teorías integradoras o eclécticas.

La teoría de la propiedad del paciente parte de la consideración de que los datos que se incluyen en la historia clínica atañen a la identificación, salud e intimidad del paciente y, por tanto, debe considerarse su dueño, no tanto porque tenga un derecho de propiedad sobre el documento, sino un derecho de utilización de los datos contenidos en el mismo como si fueran de él. Los partidarios de la teoría de la propiedad del médico entienden la historia clínica como una creación intelectual o científica del médico, que como tal debe ser protegida. La teoría de la propiedad del centro sanitario se fundamenta en el hecho de que la conservación del documento corresponde al centro, que es además el que aporta el soporte del mismo. Por último, las teorías integradoras o eclécticas tratan de conciliar las versiones expuestas, debido a lo insatisfactorio que resulta acogerse exclusivamente a cualquiera de ellas.

Sin desconocer la dificultad del tema, parece claro que en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que los médicos y otros profesionales sanitarios trabajan por cuenta y bajo dependencia de una institución sanitaria (y otro tanto habría que decir cuando se trata de centros sanitarios privados en que se den estas circunstancias), la custodia y conservación de la historia clínica corresponde a la dirección del centro, así como el cumplimiento de las finalidades establecidas de antemano por la ley 41.

No parece suficiente argumento el derecho de propiedad intelectual a favor del médico fundamentado en la supuesta creación de una obra científica (por ejemplo, al realizar el diagnóstico, pronóstico, o el tratamiento), pues en esta materia ha de entenderse, en todo caso, que los posibles o hipotéticos derechos se transfieren en función de la relación de dependencia existente entre los profesionales sanitarios y las instituciones donde prestan servicio.

En concreto, los derechos se entienden cedidos con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario, aunque no para fines distintos, y ello sin perjuicio de que el médico pueda invocar alguna de las facultades del derecho moral de autor. Por lo demás, y por las razones aludidas, la propiedad (titularidad) de la historia clínica debe atribuirse al médico cuando éste actúa en régimen de profesional libre, aunque en todo caso se trata de una propiedad sujeta a determinadas limitaciones, tal y como se establece en la ley 41<sup>131</sup>.

Para la profesora CASTELLANO ARROYO, en el caso del ejercicio de la medicina privada, desarrollada en un consultorio particular, la titularidad (propiedad de la historia clínica) la comparten el médico y el paciente. En cambio, en el ámbito de la medicina colectiva, bien sea en el ámbito público, empresarial (cuando el médico trabaja por cuenta ajena), fundacional o asociativo (cuando un grupo de profesionales se reúnen para ofrecer sus servicios de forma colectiva), la propiedad de la historia clínica corresponde al centro en que se realiza<sup>132</sup>.

Por último, resulta interesante aludir a las previsiones sobre la materia recogidas en la ley gallega reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica, donde se dice que las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario, cuando el médico trabaje por cuenta y bajo la dependencia de una institución sanitaria, y que, en caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Art. 17.5 de la ley 41, donde se dice que dichos profesionales son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

<sup>132</sup> V. CASTELLANO ARROYO, M. *Información y documentación clínica*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1997.

<sup>133</sup> Artículo 15.1 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

## 7. USOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

El planteamiento que formula la ley 41 consiste en establecer las finalidades concretas a las que puede servir la historia clínica. En particular, se establecen los siguientes usos<sup>134</sup>:

- a) Por el paciente que, como después veremos, tiene un derecho de acceso a la historia clínica con determinadas reservas.
- b) Por los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente, en cuanto constituye un instrumento fundamental para la adecuada asistencia.
- c) Para fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, que se regirá por lo dispuesto en la ley de protección de datos y en la ley general de sanidad<sup>135</sup>, pero con dos matizaciones importantes: la primera que, siempre que sea posible, se garantice el anonimato, salvo que el propio paciente dé su consentimiento, separando los datos de identificación personal del mismo de los de carácter clínico asistencial<sup>136</sup>. Y la segunda, que el acceso a los datos y documentos de la historia clínica quede limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

Se exceptúa la obligación de garantía del anonimato en los casos de uso de la historia clínica para investigación de la autoridad judicial, en los que se considere imprescindible la unificación de

---

<sup>134</sup> Artículo 16 de la ley 41.

<sup>135</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

<sup>136</sup> En el apartado 3 del artículo 16 de la ley 41 se dice que “El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos”.

- los datos identificativos con los clínico asistenciales. En estos supuestos habrá de estarse a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente.
- d) Por el personal de administración y gestión de los centros sanitarios, si bien sólo pueden acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.
  - e) Por el personal debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, que tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, y del respeto de los derechos del paciente o de cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o con la propia Administración sanitaria.

En todos los supuestos mencionados la ley 41 determina que quien acceda a los datos quede sujeto al deber de secreto, debiéndose regular, a instancia de las Comunidades Autónomas, el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso.

## **8. CESIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA**

La comunicación de datos se regula en la ley orgánica de protección de datos de carácter personal<sup>137</sup> que señala que sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del interesado.

El consentimiento previo que exige la ley para la cesión, puede no ser necesario en determinadas situaciones previstas por la propia norma, en concreto, en su artículo 6:

---

<sup>137</sup> Artículo 13 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

- Cuando la cesión esté autorizada por una ley. En esta línea, la ley 41 describe los usos y circunstancias de accesibilidad de las historias clínicas. Conviene remarcar que el rango normativo de la disposición que permita eludir el consentimiento previo del interesado para obtener la cesión de sus datos no puede ser inferior al de ley, no siendo suficiente otro tipo de disposición.
- Cuando la cesión de datos relativos a la salud sea necesaria para resolver una urgencia que requiera acceder a un fichero, o para realizar los estudios epidemiológicos establecidos en la legislación sanitaria estatal o autonómica: se trata de la colisión de dos derechos fundamentales, el de la vida y el de la intimidad, que se resuelve a favor del primero.
- Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas para el ejercicio de las mismas competencias, como sería entre distintos hospitales, de la misma administración o de distinta. También cuando se haga con fines históricos, estadísticos o científicos.
- Cuando el tratamiento responda a una libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros, siempre que se limite a la finalidad que la justifique.
- Cuando los destinatarios de la información sean el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, así como las instituciones autonómicas análogas.
- Cuando la fuente de datos está disponible para el público.

## **9. CONSERVACIÓN Y CUSTODIA DE LA HISTORIA CLÍNICA**

La ley 41 aborda la cuestión relativa a la conservación de la documentación clínica distinguiendo las obligaciones de los centros sanitarios y las de los profesionales que desarrollan su actividad de manera individual. Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación

clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.

Además establece que la gestión de la historia clínica por los centros se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas, debiendo custodiarse las mismas bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario, todo ello sin perjuicio del deber para los profesionales sanitarios de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes.

La ley 41 matiza, igualmente, que la documentación clínica se conservará también a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente, y cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud<sup>138</sup>, debiendo en estos casos hacerse su tratamiento de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas.

En lo que se refiere a los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual, se dispone que serán ellos mismos los responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

---

<sup>138</sup> Por lo que se refiere a la conservación a efectos judiciales habrá que estar a los requerimientos que realicen los tribunales en el ámbito de la documentación clínica en casos concretos en litigio. Asimismo, será preciso también un desarrollo legislativo en el futuro de la ley 41 que determine los plazos de conservación a los citados efectos judiciales, así como por razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

En fin, son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal<sup>139</sup>.

## 10. ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA

Podemos distinguir diversos tipos de acceso a la información de la historia clínica: por el paciente, por la inspección, para fines estadísticos, para fines científicos o de investigación, y por otras personas.

El acceso del paciente a la información de la historia clínica parece evidente, dado que la misma se redacta y conserva para facilitar su asistencia, lo que supone dar a conocer al paciente la biografía patológica contenida en su historial. Así lo establece la ley 41 al reconocer este derecho al paciente que abarca la posibilidad de obtener copia de los datos consignados<sup>140</sup>. Ahora bien, el acceso del paciente (o de su representante) puede deberse a un interés particular o a un interés sanitario.

En el caso de querer acceder por un interés particular hay que tener en cuenta que se pueden establecer dos excepciones a dicho acceso: los

---

<sup>139</sup> Artículo 17.6 de la ley 41. La legislación sobre protección de datos de carácter personal es de excepcional importancia en esta materia (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, así como el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal).

<sup>140</sup> El artículo 18.1 de la ley 41 dice lo siguiente: “El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos”. En el apartado 2 del mismo artículo se admite también el acceso por representación debidamente acreditada.

datos incorporados a la historia clínica por terceros en interés terapéutico del paciente y los comentarios o impresiones personales que puede hacer el médico en un momento determinado, siempre que tengan trascendencia clínica (en otro caso no deberían incluirse en el historial)<sup>141</sup>.

En cuanto a los datos, informaciones o apreciaciones que hayan sido proporcionadas por terceras personas o les afecten, y que hayan sido recogidas en interés del paciente y en beneficio del mejor conocimiento por el médico de su diagnóstico y evolución, están sometidos a la confidencialidad que se debe a sus autores, por lo que no pueden ser accesibles a los pacientes titulares de la historia clínica.

No hay que olvidar que la propia ley, al referirse al derecho a la intimidad dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”. El respeto a la confidencialidad trasciende al que ostentan los pacientes y usuarios, y se aplica a todas las personas, independientemente de que los datos estén en su propia historia o hayan sido proporcionados a la de otra.

También hemos hablado de la cuestión relativa a las impresiones personales y la limitación del acceso a las mismas. El fundamento en ambos casos sería el mismo, esto es, la colisión de diversos derechos: el derecho del paciente a su información y el derecho de un tercero que actúa en beneficio del paciente o el del profesional sanitario a su intimidad.

---

<sup>141</sup> El artículo 18.3 de la ley 41 establece que: “El derecho de acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

Se ha argumentado en alguna ocasión, entroncando con la teoría de la historia clínica como propiedad intelectual del médico que la elabora, que estos derechos de propiedad incidirían acusadamente sobre los comentarios, anotaciones personales, o incluso datos o comentarios científicos (no es infrecuente que los médicos hagan un ejercicio de diagnóstico diferencial, o que anoten las opciones diagnósticas o de tratamiento que se discuten en una sesión clínica), que pudieran no ser interpretados de forma correcta por el paciente<sup>142</sup>. Esta es la interpretación que hacía la Audiencia Provincial de Alicante que, previamente a la promulgación de la ley 41, consideraba las anotaciones subjetivas como propiedad del médico, y en consecuencia desestimaba la pretensión de los demandantes de obtener la totalidad de la historia clínica<sup>143</sup>.

En este sentido se ha llegado a defender la posibilidad de la disociación de la historia clínica en dos componentes: uno con los datos objetivos y el diagnóstico, y otro con las consideraciones y comentarios del médico, que no estaría obligado a entregar. Es claro que la ley 41 ha eludido tratar el tema de la propiedad de la historia clínica, centrándose en resolver sobre los distintos derechos que gravitan sobre ésta. La opinión mayoritaria y el enfoque legal actual es el de apoyar la limitación de acceso en el derecho de los profesionales a la confidencialidad de sus apreciaciones.

La delimitación del concepto de anotaciones subjetivas es tarea extremadamente compleja al ser impreciso e interpretativo. Se hace, por tanto, depender el ejercicio del capital derecho al acceso, de unos conceptos indeterminados de contenido incierto y difuminados perfiles, siendo ésta una de las principales imperfecciones del texto de la ley.

---

<sup>142</sup> AULLÓ CHAVES, M. y PELAYO PARDOS, S. *La historia clínica*. Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid 1997.

<sup>143</sup> Sentencia 336/01 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 6 de julio de 2001.

Sobre este particular reflexiona el Magistrado del Tribunal Supremo ALMAGRO NOSETE<sup>144</sup>: “la dificultad de precisar en términos reales el binomio subjetivo-objetivo, aunque una sencilla reflexión conduzca a establecer que cuando la voluntad del sujeto (médico o profesional) se exterioriza en un acto, éste cobra per se una dimensión objetiva. Las anotaciones nacidas del sujeto, como todas las que se practiquen (aun las llamadas subjetivas) son tan objetivas como cualesquiera otra. Se intuye que la anotación subjetiva se opone a la anotación objetiva, con lo cual entramos en un espinoso dédalo que concluye con la elaboración de un lenguaje ad hoc”.

Dicho Magistrado propone una definición: “anotaciones subjetivas son aquéllas que recogen impresiones del profesional no apoyadas en datos objetivos que carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actual del estado de salud del paciente”.

El criterio de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>145</sup> es: “los aspectos subjetivos son los derivados de apreciaciones meramente personales y no sustentadas objetivamente en datos clínicos”.

A pesar de que hay una corriente de opinión que se opone a incluir en la historia clínica las apreciaciones subjetivas, hay que tener en cuenta que la organización actual de la asistencia sanitaria es de carácter multidisciplinar, y mediante equipos de trabajo donde muy diferentes facultativos pueden intervenir en el proceso de atención no pudiendo soslayarse, en beneficio de la calidad asistencial, las impresiones y opiniones sobre la evolución, diagnóstico y el proceso de la enfermedad. Esta perspectiva cobra especial relevancia en el campo de la psiquiatría donde la interpretación y subjetividad del especialista es capital en la

---

<sup>144</sup> ALMAGRO NOSETE, J. *Reflexiones acerca del arcano de las anotaciones subjetivas*. Diario Médico, de 21 de marzo de 2003.

<sup>145</sup> Diario Médico, de 22 de marzo de 2004.

evaluación y enfoque terapéutico. Por ello una alternativa es incluirlas en la historia clínica, pero en un documento o apartado específico, para que su segregación sea más sencilla, lo que sería perfectamente compatible con la ley 41 que, al fijar el contenido mínimo de la historia clínica, permite incorporar otros distintos; para evitar una práctica incorrecta o abusiva en el uso de las anotaciones subjetivas se podrían establecer evaluaciones tanto por el propio centro, como por los servicios de inspección.

El problema de la segregación se simplificaría en el caso del soporte electrónico, en el que la visualización de las anotaciones subjetivas sólo estaría permitida para aquellos profesionales asistenciales.

Dado que la ley no lo ha determinado, hay que resolver el problema de que persona o que órgano es el responsable y decisor de cuales son las anotaciones subjetivas que hay que eliminar al entregar copias de la documentación. El derecho de oposición a la entrega de las anotaciones subjetivas está atribuido por la ley a los profesionales, pero no necesariamente el poder decisorio sobre las mismas. Se han defendido varias opciones:

- El profesional que ha realizado las anotaciones debe ser el que determine las que son subjetivas, con respeto a criterios de proporcionalidad (criterio expuesto por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos).
- Un órgano independiente del médico y del paciente; se han propuesto tanto a la Comisión de Historias Clínicas como al Comité de Ética Asistencial. Caso de ser el propio profesional quien adopta la decisión, en el supuesto de un procedimiento judicial, el juez podría estimar que se estarían eliminando elementos esenciales para la prueba de responsabilidades médicas.
- El responsable del fichero, que siguiendo los preceptos de la ley de protección de datos sería en el caso de un centro público, el órgano superior de gobierno, o sea el Director o Gerente.

En el acceso del paciente a su historia clínica por interés sanitario no rigen las anteriores excepciones, ya que la consulta del historial es de capital importancia para el médico que vaya a valorar de nuevo al paciente (incluso se ha construido el derecho a una segunda opinión como un derecho del paciente). En tales casos, como es obvio, el expediente deberá ser remitido directamente al profesional sanitario.

Siempre se ha permitido el acceso a la historia clínica a efectos de inspección, para fines estadísticos (de acuerdo con sus normas específicas) y para fines científicos o de investigación, si bien en este caso no existe una regulación general y únicamente se encuentran algunas disposiciones en leyes sectoriales (por ejemplo, en materia de ensayos clínicos).

En relación con el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos, se ha planteado la cuestión relativa al acceso a la información por parte de parientes o familiares que hayan convivido con el paciente y que tengan la posibilidad de ser contagiados por la enfermedad que padeciera el difunto. En estos casos, más que de un derecho de acceso a la historia clínica, creemos que se trata de un problema de información, esto es, si el médico debe revelar las circunstancias de la enfermedad a las personas referidas. El mismo problema se presenta con las enfermedades hereditarias, estimándose que la solución debe pasar por las coordenadas del estado de necesidad, ponderando todos los bienes y valores en conflicto, incluido, desde luego, la gravedad de la enfermedad. Sobre este particular, la ley básica dispone que, en cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica, motivado por un riesgo para su salud, se limitará a los datos pertinentes<sup>146</sup>.

Un caso particular tiene lugar cuando el familiar de un fallecido reclama la copia de la historia clínica. Ha de tenerse en cuenta que se trata de datos protegidos que pueden afectar, en principio, al derecho fundamental

---

<sup>146</sup> Artículo 18.4 de la ley 41.

a la intimidad establecido en la Constitución y que, en cuanto tales, pueden no ser transmisibles a terceras personas.

Esta cuestión tan delicada puede solucionarse adoptando ciertas cautelas. En particular, podría facilitarse el acceso a la historia clínica a los familiares (salvo el supuesto de que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente), excepto respecto de aquella información que afecte a la intimidad de las personas, los datos que perjudiquen a terceros o las notas subjetivas a las que nos hemos referido anteriormente. Se trata, desde luego, de echar una pesada carga a los centros sanitarios y que sólo la ley puede establecer (todo ello, por supuesto, al margen de proporcionar el informe de alta).

Los criterios expuestos son, en tesis general, los que asume la ley 41. No obstante, la regla general es que el paciente tiene derecho de acceso a su historial con determinadas excepciones, teniendo derecho a obtener copia de los datos que figuren en él y por supuesto que tal derecho pueda ejercerse a través de la representación debidamente acreditada.

Ahora bien, como hemos dicho, la ley establece que el derecho de acceso por parte del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella, recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas. De esta manera, a través de la correspondiente ponderación de bienes y valores en conflicto, resuelve la ley las situaciones conflictivas.

En cuanto a los pacientes fallecidos, la ley 41 dispone que los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a los mismos, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Sin

embargo, advierte la norma que no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni la que se refiera a las anotaciones subjetivas de los profesionales o la que perjudique a terceros.

Por último, regula la ley el caso del acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud, estableciendo, en virtud del principio de proporcionalidad, que dicho acceso se limitará a los datos pertinentes.

## **11. HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA**

Desde que apareció la ley 41 hasta hoy las cuestiones relativas a la historia clínica han evolucionado notablemente.

Nos referimos, en concreto, a las posibilidades que se abren merced a la evolución tecnológica y también a los problemas que se puedan plantear. Como ejemplo de ello pueden citarse la conversión de archivos “tradicionales” de historias clínicas en nuevos archivos digitalizados o informatizados y, de manera muy especial, a las nuevas posibilidades de acceso a la información contenida en la historia clínica y al uso de la misma que las nuevas tecnologías pueden ofrecer.

En fin, caminamos vertiginosamente hacia un nuevo escenario en la materia que nos ocupa y por ello creemos interesante hacer una pequeña referencia a la historia clínica electrónica.

La historia clínica electrónica (digital o informatizada, como también se conoce) no es otra cosa que un historial médico completo o una documentación similar del estado de salud físico y mental, pasado y presente de un individuo, en formato electrónico, que permita acceder fácilmente a estos datos a efectos de tratamientos médicos y otros fines estrechamente relacionados.

Constituye la base para el logro de una mayor calidad y seguridad en la información médica, superando con mucho a las formas tradicionales de documentación médica manual. Ahora bien, no solo puede tratar más datos personales, sino también hacer que dichos datos sean más fácilmente accesibles para un número mayor de destinatarios, lo que origina una nueva situación de riesgo (piénsese en el interés de terceros, tales como compañías de seguros y servicios de seguridad del Estado, por ejemplo).

La historia clínica electrónica añade un soporte nuevo a la historia clínica manual pero no destruye ni altera su concepto básico. Plantea, eso sí, cuestiones específicas derivadas de la funcionalidad del soporte y, al mismo tiempo, constituye una oportunidad única para solucionar una serie de problemas pendientes en la historia clínica tradicional.

Los principios generales a tener en cuenta, como iluminadores de la regulación que haya de producirse en esta materia, son, fundamentalmente, el principio de la vinculación asistencial con el paciente y el principio de proporcionalidad.

El principio de vinculación asistencial es la llave que legitima el acceso por los profesionales sanitarios, por el personal con funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, así como por el personal con funciones administrativas, de gestión o de atención al paciente.

Mientras que el principio de proporcionalidad, es aquel que marca en cada momento, y en relación con cada situación concreta, el alcance y medida que puede tener el acceso a la historia, sin olvidar, por último, el principio de autonomía, que permite el acceso del paciente.

Como uno de los primeros intentos de abordar esta cuestión, desde el punto de vista legislativo, hay que referirse al decreto gallego<sup>147</sup> por

---

<sup>147</sup> Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica.

el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, desde el momento en que ha sido capaz de materializar por primera vez, las expectativas que están planteadas en esta materia, por lo que, sin duda, en cuanto pionero, ejercerá una influencia importante en el resto de las comunidades autónomas, sin perjuicio de que puedan ser objeto de debate y opiniones controvertidas algunos matices contenidos en el mismo.

La historia clínica electrónica se concibe como un registro electrónico específicamente diseñado para facilitar la anotación de las mencionadas observaciones, acciones e instrucciones de manera automática y ofrece la posibilidad de acceso remoto a la misma.

En cuanto la gestión, corresponde a las Comunidades Autónomas la regulación de la estructura y contenidos de las historias en su ámbito y a ellas corresponde igualmente la gestión de su establecimiento y utilización, en desarrollo de la normativa básica de ámbito estatal. Corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo establecer los mecanismos de intercambio electrónico de información clínica y de salud individual, previamente acordados con las Comunidades Autónomas, con el fin de que los ciudadanos reciban la mejor atención sanitaria posible en cualquier centro o servicio del Sistema Nacional de Salud.

El Ministerio de Sanidad ha elaborado una propuesta a las Comunidades Autónomas que agrupa las funcionalidades en dos grupos, atendiendo al tipo de usuarios a quienes van dirigidas:

a) Acceso para profesionales sanitarios. La orientación estratégica que se propone es afrontar el proyecto con dos ritmos temporales distintos. En primer lugar, con actuaciones a corto plazo y de baja complejidad, el proyecto puede avanzar con cierta rapidez y con indudable impacto funcional utilizando la información que ya existe y en los mismos formatos en que se encuentra. En el caso más desfavorable, sería preciso realizar algunas actuaciones previsiblemente poco complejas y de coste asumible.

Simultáneamente, se deben iniciar otras actuaciones que requieren más esfuerzo en inversión, en transformación organizativa, en formación y en la adopción de determinados acuerdos, todo lo cual condiciona un tiempo de planificación y ejecución más largo.

En base a lo expuesto es necesario escalar los esfuerzos en dos niveles de complejidad distintos:

- Nivel básico: en este nivel se debería situar aquella información individual de salud, que ya existe en el momento actual en soporte digital. Se trata en realidad de información clínica resumida o partes de la misma; Informes clínicos, informes de pruebas diagnósticas e historia clínica resumida.
- Nivel avanzado: En este nivel se situarían funcionalidades de mayor complejidad porque requieren la implantación progresiva de recursos tecnológicos complejos y costosos en cada Comunidad Autónoma con extensión territorial suficientemente amplia; Informes de cuidados de enfermería e imagen y video digital.

b) Acceso para pacientes o usuarios. A fin de garantizar la confidencialidad de los datos, la entrada al sistema solo sería posible a través de accesos seguros proporcionados por cada Comunidad Autónoma, siendo condición necesaria que quien lo desee se haya dotado previamente, de forma voluntaria, de los requisitos de acceso y autenticación que en su momento se establezcan.

Se proponen dos tipos de funcionalidades dirigidas a este colectivo:

- a) Consulta del registro de acceso al sistema. Su finalidad es que cada persona pueda conocer el listado de profesionales que han accedido a través del sistema a alguno de los conjuntos de datos clínicos a su nombre.
- b) Consulta y obtención de copia de informes clínicos. El objetivo es que en el conjunto del sistema se permita el acceso del usuario que

lo desee, y disponga de los elementos de identificación requeridos, a la copia de sus informes clínicos que puedan estar disponibles en formato digital en los diferentes servicios de salud. Este servicio al ciudadano ya está siendo contemplado, por otra parte, en la mayoría de las Comunidades Autónomas.

## 12. CONCLUSIONES

Se concluyen estas páginas, a modo de resumen de cuanto contienen, con la exposición de unas conclusiones:

1. La historia clínica es el conjunto documental que recoge los datos de la atención sanitaria que el ciudadano ha recibido del sistema sanitario.
2. Dicha información tiene la doble finalidad de servir de antecedente para futuras actuaciones sobre la persona a la que se refiere y de cumplir como referencia para evaluar la asistencia dispensada.
3. La Administración sanitaria tiene la obligación de preservar la confidencialidad sobre la información contenida en la historia, a la par que la de mostrar aquella con sujeción a las condiciones normativamente establecidas.
4. La historia clínica, además de las funciones de índole asistencial antes referidas, y de otras administrativas y procesales, cumple el papel de instrumento probatorio de primer orden en materia de una eventual exigencia de responsabilidad a la Administración sanitaria.
5. El ciudadano puede solicitar el acceso a su historia clínica por dos motivos principales: razones clínicas (obtención de información de esta índole) o razones jurídicas.
6. Como pieza probatoria, la historia es un elemento de primer orden en cualquier proceso.
7. Es indiscutible, desde el punto de vista jurídico, el derecho de acceso de los ciudadanos a sus historias clínicas, sin perjuicio,

naturalmente, de que se haga con sujeción a las normas aplicables y ello con independencia de a quién se atribuya la propiedad de la historia.

8. Ante una eventual negativa, que se entienda improcedente, el ciudadano cuenta, aparte de con la protección normativa, con la asistencia de los organismos administrativos de reconocimiento de su derecho.

### **Caso I. Acceso a la historia clínica por parte de los trabajadores sociales**

*En el presente caso se efectúa la siguiente consulta:*

*¿Pueden acceder a la historia clínica de los pacientes de un centro de salud los asistentes sociales que prestan servicio en el mismo?*

De lo previsto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y a salvo lo previsto en relación con los psicólogos especialistas en psicología clínica, no se extrae que los trabajadores sociales, ni los maestros o educadores ni otro personal administrativo o auxiliar reúnan las condiciones y requisitos legalmente exigidos para ser considerados profesionales sanitarios. No otra cosa se desprende de los artículos 2 y 3 de la mencionada ley.

No obstante lo anterior, es preciso considerar el Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud (vigente en el momento actual) que señala lo siguiente:

#### Artículo 2. Centro de Salud.

1. El Centro de Salud es la estructura física y funcional que posibilita el desarrollo de una atención primaria de salud coordinada globalmente, integral, permanente y continuada, y con base en el trabajo de equipo de los profesionales sanitarios y no sanitarios que actúan en el mismo. En él desarrollará sus actividades y funciones el Equipo de Atención primaria.

### Artículo 3. Equipo de Atención Primaria.

1. El conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios con actuación en la Zona de Salud recibe la denominación de Equipo de Atención Primaria.

3. Componen o compondrán el Equipo de Atención Primaria:

e) Los Trabajadores Sociales o Asistentes Sociales.

### Artículo 5. Funciones de los Equipos de Atención Primaria.

1. a) Prestar asistencia sanitaria, tanto a nivel ambulatorio como domiciliario y de urgencia, a la población adscrita a los Equipos en coordinación con el siguiente nivel asistencial.

b) Realizar las actividades encaminadas a la promoción de la salud, a la prevención de la enfermedad y a la reinserción social.

c) Contribuir a la educación sanitaria de la población.

d) Realizar el diagnóstico de salud de la Zona.

e) Evaluar las actividades realizadas y los resultados obtenidos.

f) Realizar actividades de formación pregraduada y posgraduada de atención sanitaria, así como llevar a cabo los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen.

g) Participar en los programas de salud mental, laboral y ambiental.

h) Aquellas otras de análoga naturaleza que sean necesarias para la mejor atención de la población protegida.

2. La realización de aquellos programas sanitarios que específicamente se determinen, de acuerdo con el diagnóstico de salud de la Zona.

3. El trabajo en equipo obliga a que cada uno de sus miembros participe en el estudio, ejecución y evaluación de las actividades comunes.

Por su parte, en un primer momento, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, en respuesta a diversas consultas que le fueron formuladas por los Servicios Sociales, y a las que pueden accederse a través de su página Web<sup>148</sup>, señala lo siguiente:

---

<sup>148</sup> [www.agpd.es](http://www.agpd.es).

A) “¿Pueden acceder a la historia clínica de los pacientes de un centro de salud los asistentes sociales que prestan servicios en el mismo? Con carácter general, no (salvo si cuentan con consentimiento expreso del paciente en cuestión), puesto que no se trata de profesionales sanitarios, que son los únicos que tienen habilitación legal para acceder en el ejercicio de su actividad a los datos de la historia clínica sin consentimiento de los pacientes. Por tanto, con carácter general, la única posibilidad para que el asistente social pueda tener acceso a la historia clínica de un paciente será si cuenta con el consentimiento expreso de éste y además dicho acceso está justificado en una finalidad de carácter asistencial o social de interés para el propio paciente, al no existir habilitación legal expresa que faculte a este tipo de personal en relación con la cesión de los referidos datos, obrantes en el historial clínico de los pacientes.

... resulta contrario a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y a la 41/2002, de 14 de noviembre, es el acceso indiscriminado a la totalidad de los datos incorporados en la historia clínica por parte de los profesionales sociales”.

B) “¿Puede accederse a una historia clínica de un discapacitado no sólo por los profesionales de la salud sino también por los profesionales sociales e incluso otro tipo de profesionales?

Con carácter general, debe descartarse la posibilidad de acceso indiscriminado a la historia clínica por parte de los profesionales sociales del Servicio Social, al no existir habilitación legal expresa que faculte a este tipo de personal en relación con la cesión de los referidos datos, obrantes en el historial clínico de los pacientes, y mientras que el afectado no otorgue su consentimiento expreso de acceso a los profesionales sociales.

Los límites y requisitos establecidos por el artículo 9 de la LOPD se garantizan con mayor seguridad y satisfacción mediante la implantación de sistemas que eviten el acceso por parte de terceras personas no autorizadas a la información contenida en la información clínica incorporada a la historia clínica. En todo caso, al tratarse de datos de salud, se deben aplicar las medidas de seguridad de nivel alto”.

Por otra parte, este Área de Bioética y Derecho Sanitario elaboró un informe relativo a esta misma cuestión<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Aunque la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica no recoge en su artículo 15 (contenido de la historia clínica) el informe social, algunas Comunidades Autónomas, en su legislación sobre documentación clínica, citan expresamente dicho informe.

Así, por ejemplo, Cataluña en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, que en su artículo 10, relativo al contenido de la historia clínica, dispone:

“Datos sociales:

Informe social, si procede”.

Del mismo modo, la Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (artículo 11.e), la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura de información sanitaria y autonomía del paciente (artículo 32) y la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad Valenciana (artículo 22).

Por otra parte, la inclusión del informe social en la historia clínica debe responder a la necesidad de que los datos contenidos en él estén relacionados.

Una vez incorporado a la historia clínica el informe social recibe idéntico tratamiento que el resto de la documentación clínica en lo relativo a sus usos, accesos y deber de secreto.

La citada Ley 41/2002, dispone, en su artículo 16, lo siguiente:

“1. La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

2. Cada centro establecerá los métodos que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten”.

En este punto hay que mencionar la evolución que ha sufrido el criterio de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid expuesto anteriormente. La citada Agencia, en una de sus últimas publicaciones (Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos) de febrero de 2008 y adaptada al Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el apartado de “Consultas frecuentes en el ámbito sanitario”, y dentro de este, en el epígrafe denominado “cesión datos” (páginas 243 y 235), expone lo siguiente:

En conclusión, de todo lo expuesto se deduce:

- a. De una lectura literal de la Ley 41/2002 se desprende que solo podrían tener acceso a la historia clínica los profesionales sanitarios involucrados en el diagnóstico y tratamiento.
- b. De lo anterior parece desprenderse la imposibilidad de acceso de los trabajadores sociales. No obstante, ante las dificultades que tal interpretación plantea en la práctica, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, en su último informe objeto de publicación en el libro reseñado, admite dicho acceso como consecuencia de las funciones que tienen asignados en el ámbito de la prestación socio-sanitaria, en la medida en que el acceso a

---

“¿Es posible el acceso a la historia clínica de un paciente por los asistentes sociales de un Centro de salud?

Debe diferenciarse el acceso a la historia clínica completa del paciente (que en ningún caso parece razonable y justificada) con el acceso a aquella información que puede ser adecuada, pertinente y no excesiva, atendiendo a la finalidad que persigue la asistencia social a los enfermos por los trabajadores sociales integrados en los equipos de atención primaria.

Dado que la atención a los pacientes por los trabajadores sociales de los equipos de atención primaria se realiza, normalmente, a partir de un parte de interconsulta emitido por el facultativo que le está prestando la atención sanitaria, sería recomendable que en el citado documento o en cualquier otro que pueda utilizarse para que el paciente acceda a la consulta de los trabajadores sociales, se incluyera un texto informativo conforme a lo establecido en el artículo 5 de la LOPD y se aprovechara para que quedara constancia del consentimiento del enfermo para que el trabajador social tenga acceso a la información referente a su salud que sea necesaria para adecuar las actuaciones sociales que fuera necesario llevar a cabo.

No obstante, al igual que en el caso del personal administrativo de los Centros Sanitarios, aún cuando los trabajadores sociales no se encuentran dentro de las profesiones sanitarias, en el legítimo ejercicio de sus funciones dentro de la prestación socio-sanitaria en que consiste la atención primaria, parece adecuado que puedan acceder a aquellos datos de los pacientes a los que deben atender, que resulten realmente necesarios para la actuación social que pueda resultar necesaria, con un estricto respeto al principio de calidad de los datos”.

- los datos de los pacientes que deben atender resulte absolutamente necesario para su actuación social (aunque el informe se refiera a atención primaria, cabría entender por analogía que puede referirse también a la atención especializada).
- c. Por último, y a los efectos de buscar legitimación efectiva de los trabajadores sociales a los datos de la historia clínica, debe ponerse de relieve que existe un vacío legal en la Ley 41/2002 que, de una parte, legitima el acceso de los profesionales sanitarios involucrados en el diagnóstico y tratamiento, y de otro, la posibilidad de acceso del personal administrativo, no refiriéndose en ningún caso al trabajador social. Tal vez fuera oportuno considerar esta materia de lege ferenda, con la finalidad de promover la reforma adecuada.

## **Caso II. Acceso a la historia clínica con fines judiciales**

*En el presente caso se efectúa la siguiente consulta:*

*Se ha recibido en una Gerencia de Atención Primaria un oficio del Juzgado de lo Social, solicitando el historial médico completo de una usuaria para presentarlo en el juicio por una demanda al INSS y a Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.*

*¿Se le puede mandar al Juzgado la copia del historial completo, o como indica la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el artículo 16-3: “el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”.*

El criterio general aparece recogido en el art. 16. 3. de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde se establece el acceso a la historia clínica con fines judiciales, que exceptúa de la obligación general de anonimización a los “supuestos de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible

la unificación de datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. Hay por lo tanto una obligación de colaboración con la Administración de justicia.

Por otra parte la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el art. 11. 2. d) referido a Comunicación de datos excepciona de la regla general del consentimiento del interesado los supuestos en que “la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario... Jueces o Tribunales... en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”.

Dicho lo anterior, el criterio general es el de la proporcionalidad, esto es, debe aportarse al juzgado que lo solicite aquello que sea imprescindible para resolver el asunto de que se trate, ya que en la historia clínica pueden además haber datos incorporados no relacionados con el asunto y cuyo conocimiento no sería preciso por la autoridad judicial.

En consecuencia, lo recomendable sería aportar al juzgado solicitante aquellos datos de la historia clínica relacionados con el proceso de que se trate haciendo notar que se ampliará la información en caso de que la autoridad judicial así lo determine. Si la solicitud efectivamente se refiriera a la historia clínica completa, como se dice en la consulta, habría dos alternativas, o enviarla efectivamente advirtiendo a la autoridad judicial que el envío del historial clínico completo puede contener anotaciones confidenciales o íntimas del paciente, quedando a criterio de la autoridad judicial su utilización en el procedimiento, o por el contrario solicitar del juzgado información adicional que permita determinar qué partes de dicha historia serían necesarias para el procedimiento.

### **Caso III. Tratamiento de las anotaciones subjetivas**

*En el presente caso se consulta si en pacientes fallecidos, y cuando la familia pide copia de la historia clínica, se deben entregar*

*las copias de los datos evolutivos médicos y de enfermería. Se plantea la duda de si se trata de documentos con comentarios subjetivos que la ley 41 no obliga a dar, además de por ser de propiedad intelectual, salvo que la persona que lo ha escrito dé la autorización. Hay personas del servicio de admisión que están borrando lo que puede ser subjetivo.*

Cuando un familiar de un fallecido reclama copia de la historia clínica, ha de tenerse en cuenta que se trata de datos protegidos que pueden afectar, en principio, al derecho fundamental a la intimidad establecido en la constitución y que, en cuanto tales, pueden no ser transmisibles a terceras personas. Esta cuestión tan delicada puede solucionarse adoptando ciertas cautelas. En particular, podría facilitarse el acceso a la historia clínica a los familiares (salvo el supuesto que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente), excepto en lo que se refiere a aquella información que afecte a la intimidad de las personas, que los datos perjudiquen a terceros o que se trate de anotaciones subjetivas.

En cuanto a los paciente fallecidos la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica dispone que los centros sanitarios sólo facilitaran el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a los mismos, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Sin embargo, advierte la norma que no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni la que se refiera a anotaciones subjetivas de los profesionales o la que perjudique a terceros (artículo 18.4 de la Ley básica).

En relación con su consulta relativa al tratamiento de las anotaciones subjetivas, hay que tener en cuenta lo siguiente:

A) El artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en

materia de información y documentación clínica dispone, en relación con las anotaciones subjetivas, lo siguiente:

“El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

B) Por lo tanto, las anotaciones subjetivas quedan excluidas del derecho de acceso a la historia clínica por parte del paciente.

C) En caso de reclamación o denuncia, al no ofrecer la citada ley básica criterio alguno, serían en última instancia los tribunales quienes determinarían caso a caso el proceder correcto.

D) Por último, como aportación para intentar la solución de un posible conflicto, se puede citar lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica en la Comunidad de Castilla y León, que dispone lo siguiente:

“Al paciente o usuario no se le facilitará el acceso a aquella información que conste en su historia clínica referida a datos aportados por terceras personas, recogidos en interés terapéutico del propio paciente o usuario, ni las anotaciones subjetivas de los profesionales, salvo que aporte la autorización expresa de esas terceras personas o los profesionales no opongan la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

#### **Caso IV. Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras**

*Una compañía aseguradora se dirigió a un centro sanitario comunicando que periódicamente se personaría una inspectora de la aseguradora para ver las historias clínicas de los pacientes que estuviesen*

*ingresados pertenecientes a la aseguradora, con el objeto de hacer comprobaciones rutinarias.*

*Se formulan diversas cuestiones:*

*¿La aseguradora, como pagador de la asistencia, tiene derecho a ver esas historias clínicas?*

*¿Sería necesario el consentimiento expreso de los titulares de las historias?*

*Por otra parte, los facultativos implicados comentan que a la aseguradora no le interesan las anotaciones subjetivas.*

Existen diferentes relaciones.

Una es la relación clínica entre médico y paciente; otra es la relación entre asegurado y compañía; y una última es la relación entre la clínica, los profesionales sanitarios y la compañía de seguros.

#### Relación clínica médico-paciente

En la relación clínica médico-paciente, los datos sanitarios sólo pueden ser cedidos cuando así lo disponga una ley o el paciente consienta expresamente. Dado que en el presente caso no hay una ley específica, sólo es posible la cesión de datos con el consentimiento del paciente.

Como es natural, el paciente-asegurado habrá dado dicho consentimiento en el momento de suscribir la correspondiente póliza o en su prórroga, pero esta relación, ajena a la relación médica-paciente, debe respetar lo dispuesto en las normas vigentes (ley 41/2002, de autonomía del paciente y Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos).

La forma de solucionar el problema es sencilla: en el momento de realización del acto médico debería informarse al interesado de que los datos relacionados con dicha actuación serán comunicados a la entidad con la que el mismo tenga concertado el correspondiente seguro de asistencia

sanitaria, de conformidad con el consentimiento previamente prestado en la póliza. La información podría facilitarse mediante la inclusión de una cláusula informativa en el correspondiente volante que haya de emplearse para la realización de la prestación sanitaria o en el resguardo que resulte de la utilización por el asegurado de la tarjeta a la que se refiere la consulta.

#### Relación asegurado-póliza

Se trata, como se ha dicho anteriormente, de una relación contractual legítima pero ajena a la relación médico-paciente, sin que haya términos hábiles en las normas vigentes para que se pueda exigir desde la misma los datos sanitarios de los pacientes.

Sin embargo, puesto que la ley impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de asistencia sanitaria efectuado, la compañía tiene que conocer cuál será éste, dado que la asistencia se realiza generalmente por terceros ajenos a la propia entidad aseguradora.

No obstante, ya ha quedado dicho como se debe solventar el problema.

#### Relación centro sanitario-entidad aseguradora

Tampoco esta relación permite la cesión de datos, de conformidad con las normas vigentes.

#### Principio de proporcionalidad

En todo caso, la comunicación de los datos deberá respetar el principio de proporcionalidad, por lo que no podrán ser comunicados, ni solicitados por la entidad aseguradora, más datos de los que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos para determinar el importe de la asistencia sanitaria que habrá de ser satisfecha por la aseguradora en virtud del contrato de seguro de asistencia médica.

Las conclusiones expuestas han sido asumidas por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe 449/2004.

Por último, en cuanto al acceso a la historia clínica por la compañía de seguros, hay que convenir que ésta no tiene un acceso “directo” a la información. Sin embargo, puede citarse en este punto el artículo 15, del Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dispone:

“A las compañías de aseguramiento privado sólo se les facilitarán aquellos datos de la historia clínica electrónica imprescindibles a efectos de facturación, con la finalidad de la justificación del gasto. Cualquier otra información clínica solicitada por la compañía aseguradora requerirá el consentimiento expreso del/de la paciente”.

Por lo tanto, correspondería a los centros sanitarios facilitar la citada información, siempre teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad, en los casos citados por la norma.

En idéntico sentido (en el de reconocer a las compañías de seguros un derecho de acceso no directo y en todo caso proporcionado) se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos, en su informe 449/2004, titulado “Cesión de datos de salud a aseguradoras de asistencia sanitaria por profesionales de la medicina”.

### **Caso V. Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado**

*¿Qué respuesta debemos dar a las fuerzas y cuerpos de seguridad que solicitan la historia clínica, o determinados documentos de la misma, de nuestros pacientes o usuarios? Planteamos una serie de preguntas relacionadas con el asunto referenciado, suscitadas por las peticiones de documentación clínica que no vienen directamente solicitadas por el juez.*

*La petición policial o de cualquier cuerpo y fuerza de seguridad deberá venir necesariamente, y sin excepciones, autorizada por el órgano judicial correspondiente. Si hay excepciones, en qué supuestos.*

*La Policía Municipal de Madrid, adscrita a la Coordinación Judicial, puede requerirnos, motivando y concretando los documentos de la historia clínica que le sean precisos para su investigación, directamente a los profesionales o a la Dirección Gerencia, estos documentos de salud especialmente protegidos, con la sola firma del número de policía y el sello de la Policía Municipal. Es este un caso en el que la Policía Municipal actúa como comisionada.*

*En qué casos actúan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como comisionados y cómo pueden acreditar tal carácter.*

*El Secretario Judicial puede igualmente requerirnos directamente esta documentación sin la firma judicial.*

*Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se personan en los centros sanitarios para la asistencia sanitaria a personas detenidas, actúan como comisionados de los jueces, tribunales y fiscales.*

Sobre esta cuestión existen sendos pronunciamientos, tanto de la Agencia Española de Protección de Datos, como de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta a la Agencia Española de Protección de Datos, se transcribe la respuesta dada por la citada Agencia a la siguiente consulta:

*“Solicitudes de datos efectuadas por la Policía Judicial sin mandamiento judicial o previo requerimiento del Ministerio Fiscal. (Año 1999).*

Se ha planteado por diversas empresas la posibilidad de acceder a solicitudes efectuadas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad, ejerciendo funciones de Policía Judicial, cuando no existe un previo mandato del órgano jurisdiccional o requerimiento del Ministerio Fiscal para que se obtengan los datos, llevando a cabo la actuación por propia iniciativa o a instancia de su superior jerárquico.

En este caso nos encontramos ante el ejercicio por los efectivos de la Policía Judicial de funciones que, siéndoles expresamente reconocidas por sus disposiciones reguladoras, se identifican con las atribuidas, con carácter general, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que resultará aplicable a este segundo supuesto lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LOPD, según el cual “la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad”.

El citado artículo habilita a los miembros de la Policía Judicial para la obtención y tratamiento de los datos requeridos, lo que llevará aparejada la procedencia de la cesión instada, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.

b) Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos.

c) Que la petición se efectúe con la debida motivación, que acredite su relación con los supuestos que se han expuesto.

d) Que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la LOPD, los datos sean cancelados “cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”.

Con referencia a la última de las conclusiones señaladas, debe indicarse que, tratándose de actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de las competencias consagradas en el apartado a) del artículo 445.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Policía Judicial se encuentra obligada a dar cuenta de los hechos a la Autoridad Judicial y Fiscal de forma inmediata.

A mayor abundamiento, debe recordarse que, conforme dispone el artículo 11.2 d) de la LOPD, procederá la cesión si ésta “tiene por destinatario...al Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”, lo que, conforme se ha señalado, ocurre en el presente supuesto, dada la obligación de los miembros de la Policía Judicial de poner los datos que hayan sido obtenidos en conocimiento de la Autoridad Judicial o Fiscal. Por ello, la cesión solicitada tendrá amparo no sólo en el artículo 22.2 de la LOPD, sino también en el propio artículo 11.2 d) de la misma, siendo en consecuencia conforme a la LOPD el cumplimiento de la cesión solicitada.

Por su parte la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, con idéntico criterio, responde a la siguiente consulta<sup>150</sup>:

¿Es posible la cesión de datos de una serie de personas atendida en un Centro de Salud a la Unidad Central de Información Exterior de la Dirección General de la Policía?

---

<sup>150</sup> *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*. Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid 2008, Páginas 244 y 245.

Tal y como se ha señalado en la consulta anterior, la LOPD establece como uno de sus principios básicos tanto para la cesión de datos como para su tratamiento inicial, el consentimiento de los interesados o afectados, previendo al mismo tiempo una serie de excepciones a dicho principio, excepciones que tendrán que ser analizadas en cada caso concreto.

Por lo que se refiere a la consulta planteada, la propia LOPD establece en su artículo 22 el tratamiento de datos para fines de investigación policial regulando que:

2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento...

Tal y como establece el artículo 22.2 y 3 LOPD, la recogida y tratamiento de datos de carácter personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad para fines policiales se realizará sin consentimiento de las personas afectadas siempre que obedezcan a dos finalidades, como

son, la prevención de un peligro real para la seguridad pública o la represión de infracciones penales.

Esta finalidad deriva de la actividad de investigación policial reconocida a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto en lo previsto en el artículo 11.1 que establece que:

“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:

- f) Prevenir la comisión de actos delictivos.
- g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y pericia les procedentes.
- h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

Dichas funciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2, serán desempeñadas por el Cuerpo Nacional de Policía en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine. La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial.

Se entiende por tanto que, con carácter general, la investigación policial requiere de actuación urgente y rápida, y es por ello, que el gestor del Centro de Salud no puede entrar en una valoración y análisis de la petición de datos concretos, sino únicamente en comprobar que el solicitante acredita pertenecer a las fuerzas y cuerpos de seguridad y en que quede constancia de la petición policial.

A la vista de la regulación anterior, la cesión de los datos solicitados por parte de la Dirección General de la Policía podrían tener

amparo legal y sería conforme con la LOPD, siempre y cuando quedara debidamente señalado que la obtención de los resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, y tratándose de datos especialmente protegidos como los de salud, que fueran absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta, nunca en el caso en que la petición sea totalmente genérica”.

En conclusión, de los textos citados se desprende el criterio oficial sobre esta materia que es asumido por esta Área de Bioética y Derecho Sanitario.

### **Caso VI. Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados**

*Un padre divorciado dirige una petición al centro sanitario solicitando la copia íntegra de la historia clínica de su hija de 11 años. En este caso, la custodia la tiene la madre y la patria potestad está compartida.*

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. La Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, ha introducido importantes cambios en cuanto a la guarda y custodia y la patria potestad de los hijos. No es lo mismo la guarda y custodia que patria potestad. Lo normal es que la patria potestad se conceda a ambos y sólo se priva de ellos en casos extremos (malos tratos, no prestación de alimentos, etc.). Los cónyuges pueden acordar por convenio, o el Juez decidir, en su caso, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno sólo de los cónyuges o a ambos de forma compartida. En este último supuesto se trataría de la figura de la patria potestad compartida.

Esquemáticamente, los derechos y obligaciones de los progenitores respecto a los hijos serían los siguientes, en función de su condición:

Con custodia:

A) Derechos:

1. El disfrute diario de los hijos.
2. Tomar las decisiones que afectan a los niños en el día a día.
3. Administrar sus bienes y la pensión alimenticia.

B) Obligaciones:

1. Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesarios.
2. Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas.
3. Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

Sin custodia (pero con patria potestad):

A) Derechos

1. Disfrutar del régimen de visitas acordado.
2. Ser informado de todas las incidencias importantes.
3. Ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario.
4. Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.

B) Obligaciones:

1. Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador.
2. Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

En el presente caso, y según el texto de la consulta, nos encontramos ante la situación de patria potestad compartida y custodia a cargo de la madre.

En primer lugar, debería ser la madre, la que, de forma voluntaria, ofreciera al padre de la menor la información solicitada sobre los aspectos relativos a su salud.

Si ello no fuera así, y debidamente acreditada la situación mediante la aportación de la correspondiente sentencia, debe facilitarse al

padre la información que solicita sobre el hijo sobre el que tiene patria potestad.

### **Caso VII. Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido**

*A una paciente, la compañía de seguros le reclama copia íntegra de la historia clínica de su marido (fallecido de hepatitis C y portador, que no enfermó, de VIH). La paciente hizo la solicitud al centro de salud y se le entregó un informe emitido por el médico, en el que se especificaba la fecha del fallecimiento del paciente como consecuencia de una septicemia tras un trasplante hepático y la fecha del diagnóstico de la hepatitis C que ocasionó la cirrosis hepática (motivo del trasplante hepático).*

*La paciente aportó a la compañía de seguros el informe del médico junto con un informe clínico de alta del hospital donde estuvo ingresado el paciente, en el que constan de forma detallada: antecedentes personales, historia actual, exploración física, exploraciones complementarias, evolución y diagnósticos.*

*La compañía de seguros se dirige a la esposa del fallecido, e insiste en solicitar la historia clínica completa del paciente. Textualmente dice: “En la historia clínica aportada no constan todos los antecedentes. Es necesario remitir historia clínica completa donde consten las fechas de diagnóstico de todos los antecedentes”.*

*El médico supone que el hecho de que la compañía de seguros quiera tener acceso a toda la historia clínica puede ser debido a que quieren saber si la fecha del diagnóstico del VIH es anterior a la de formalización del seguro. Ellos (los del seguro), no realizaron ninguna prueba ni reconocimiento, simplemente preguntaron si el paciente se había realizado alguna serología sobre el VIH, el paciente respondió que no, ocultando su condición de portador.*

*El médico elaboró el informe en función del Art. 18.3 de la Ley 41/2002, en el que se indica que los familiares tienen derecho a pedir copia de la historia, pero limitada a aquellos datos que sean relevantes para el caso. La condición de ser portador VIH se considera incluida en la esfera más íntima del ser humano, protegida por un derecho fundamental.*

*Lo que le genera dudas al médico es la interpretación del artículo 18 de la Ley 41/2002, en el sentido de si tiene que facilitar una copia de toda la historia clínica del fallecido o la información se debe limitar a los datos pertinentes y que no afecten a la intimidad del fallecido (como puede ser la condición de ser portador de VIH).*

*En cualquier caso entendemos que la información se facilitaría exclusivamente a la esposa del paciente fallecido, ya que no existe anotación expresa en la historia clínica de que el paciente lo hubiese prohibido.*

*¿Podría tener acceso la compañía aseguradora a esta información?*

Con carácter general puede decirse que en el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos, se ha planteado, entre otras, la cuestión relativa al acceso a la información por parte de parientes o familiares que hayan convivido con el paciente y que tengan la posibilidad de ser contagiados por la enfermedad que padeciera el difunto. En estos casos, más que de un derecho de acceso a la historia clínica, creemos que se trata de un problema de información, esto es, si el médico debe revelar las circunstancias de la enfermedad a las personas referidas. El mismo problema se presenta con las enfermedades hereditarias, estimándose que la solución debe pasar por las coordenadas del estado de necesidad, ponderando todos los bienes y valores en conflicto, incluido, desde luego, la gravedad de la enfermedad. Sobre este particular, la ley básica dispone que, en cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia

clínica, motivado por un riesgo para su salud, se limitará a los datos pertinentes<sup>151</sup>.

Un caso particular tiene lugar cuando el familiar de un fallecido reclama la copia de la historia clínica. Ha de tenerse en cuenta que se trata de datos protegidos que pueden afectar, en principio, al derecho fundamental a la intimidad establecido en la Constitución y que, en cuanto tales, pueden no ser transmisibles a terceras personas. Esta cuestión tan delicada puede solucionarse adoptando ciertas cautelas. En particular, podría facilitarse el acceso a la historia clínica a los familiares (salvo el supuesto de que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente), excepto respecto de aquella información que afecte a la intimidad de las personas, los datos que perjudiquen a terceros o las notas subjetivas. Se trata, desde luego, de echar una pesada carga a los centros sanitarios y que sólo la ley puede establecer (todo ello, por supuesto, al margen de proporcionar el informe de alta).

En el presente caso hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Desde un punto de vista normativo, la cuestión consultada se encuentra regulada en el artículo 18.4, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y no, como se afirma en la consulta, en el apartado 3 del citado precepto.

En concreto, el mencionado artículo 18.4 (Derechos de acceso a la historia clínica) dispone:

“Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las

---

<sup>151</sup> Art. 18.4 de la ley 41.

personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

En el caso que se consulta, al no encontrarse la esposa del paciente fallecido en ninguno de los supuestos previstos en el citado artículo (que la información afecte a la intimidad del fallecido, ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros) debe entregarse una copia de la historia clínica.

No puede entenderse que la intimidad del fallecido impida el acceso de su mujer a la historia clínica por diversas razones: en primer lugar, se trata de un dato que la mujer, quizás, ya conozca; en segundo lugar, aunque no lo conociera, tiene derecho a conocerlo para proteger su salud; en tercer y último lugar, de acuerdo con lo establecido en la ley (18.4, ya citado) la mujer sería un “tercero” y, por tanto, tendría acceso por tal concepto a la historia clínica para evitar riesgos en su salud, dada la pertinencia del conocimiento en relación con los fines citados.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que la ley no exige, a las personas que pueden tener acceso a la historia de un paciente fallecido, motivación o justificación alguna a la hora de realizar la petición.

A mayor abundamiento, al profesional sanitario le debe resultar indiferente la finalidad o el destino que el peticionario de la historia quiera dar a la misma, pues el médico no puede ser considerado como garante de una hipotética finalidad no prevista por el ordenamiento jurídico.

Por último, es conveniente consultar el Decreto 29/2009 de la Comunidad Autónoma de Galicia y el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre esta materia, expuestos en el caso número 4.



---

---

IV  
OTRAS CUESTIONES

**1. DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: NUTRICIÓN E HIDRATACIÓN ARTIFICIALES<sup>152</sup>**

**1.1. Importancia de la reflexión ética**

Lo primero que hay que destacar en relación con las decisiones que se pueden adoptar al final de la vida es su indudable carácter ético. Se trata de decisiones que entrañan cuestiones morales de gran trascendencia, desde el momento en que afectan a valores esenciales de la persona humana. En concreto, al valor de la vida y al valor de la dignidad humanas<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> V. SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando. *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 1 a 62.

<sup>153</sup> V. GRACIA, Diego, *Como arqueros al blanco*, Editorial Triacastela, San Sebastián, 2004. Afirma dicho profesor que el comienzo y el final de la vida concentra gran cantidad de problemas éticos y que ello se debe a la importancia objetiva de ambos momentos, así como a la resistencia que ofrecen a su análisis intelectual. Esto hace (continúa dicho autor) que los confines de la vida en general y de la vida humana en particular, tengan algo de misteriosos. “Lo ha sido en el pasado, lo son hoy y probablemente lo serán siempre... No todo lo técnicamente posible es éticamente correcto. De ahí la necesidad de plantearse la ética de las prácticas médico-sanitarias en esas situaciones”, p. 395.

La medicina ha de considerar una prioridad la creación de unas circunstancias clínicas que favorezcan que las personas mueran en paz, ya que se considera que uno de sus fines en el siglo XXI es la búsqueda de una muerte tranquila, junto con el reconocimiento de dos valores claves: la autodeterminación y la justicia.

Se entiende que una muerte tranquila es aquella en la que el dolor y el sufrimiento se reducen mediante unos cuidados paliativos adecuados, en la que al paciente nunca se le abandona o descuida y en la que los cuidados se consideran igual de importantes para los que no vayan a sobrevivir como para los que sí<sup>154</sup>.

La dificultad para encontrar criterios éticos adecuados al final de la vida reside, entre otras cosas, en el entorno multicultural al que, cada vez más, hay que enfrentarse (el llamado cosmopolitismo multicultural), el poder de la tecnología, la fragilidad en que se hallan las personas y la trascendencia decisiva de las decisiones que pueden adoptarse en tal trance, que son irreversibles desde el momento en que transforman la vida de una persona en un destino y que, por tanto, deben ser objeto de la mayor ponderación posible. A este respecto, se pone de manifiesto otra dificultad adicional: las convicciones o creencias individuales (del médico u otros profesionales sanitarios, de los pacientes o de los allegados) implican a otras personas que pueden tener otros puntos de vista o considerarse que afectan a la sociedad, que razona, a través de quien corresponda, según otras bases<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> *Los fines de la medicina*. Informe del Hastings Center de Nueva York. Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas. Barcelona, 2004, p. 46.

<sup>155</sup> BAUDOIN, Jean-Louis y BLONDEAU, Danielle, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Editorial Herder, Barcelona, 1995, pp. 59 y ss. Los autores describen diferentes conflictos con ocasión de la muerte: entre el enfermo y el médico, entre la familia y el médico y entre el enfermo y la familia.

Es verdad que la decisión ética es siempre una decisión que se adopta en primera persona, máxime en las situaciones que se producen al final de la vida. Ahora bien, inevitablemente, pone en juego a otros actores a los que hay que tener en cuenta (por ejemplo, al médico u otros profesionales sanitarios que pueden alegar objeción de conciencia ante determinadas situaciones, como es el caso del estado vegetativo permanente), siendo aquí, precisamente, donde tiene sentido el proceso deliberativo característico de la toma de decisiones en el ámbito bioético.

Lo dicho pone de relieve la importancia que tienen los comités éticos en el campo de las ciencias de la salud para ayudar en la toma de decisiones difíciles, sin sustituir la voluntad propia de la persona que está llamada a ejecutarla<sup>156</sup>. La necesidad de un juicio plural y de una reflexión diferente permite, al multiplicar los diferentes puntos de vista, adoptar una decisión finamente conceptualizada y moralmente fundamentada a través del mayor consenso posible, siendo en este ámbito donde hay que situar los problemas que suscita la relación clínica al final de la vida.

Por lo demás, parece razonable que los comités de ética tengan solo un valor consultivo, ya que sus recomendaciones o consejos son un enfoque de un caso concreto, dentro de los diferentes puntos de vista posibles, y cuya fundamentación no debe ser otra que el análisis del caso y la justificación argumental de fondo. Lo dicho no significa que no tengan importancia. Al contrario, la fuerza de los argumentos dará al órgano colegiado su auténtico carácter de autoridad y serán seguidos o tenidos en cuenta en la medida en que merezcan serlo, sirviendo, incluso, de posible soporte, si llega el caso, a las decisiones judiciales (auctoritas pero no potestas).

---

<sup>156</sup> En relación con los Comités de Bioética en España, puede consultarse el libro *Comités de Bioética. Dilemas éticos de la medicina actual*, 16, MARTÍNEZ, Julio Luis (Ed.), Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003. Universidad Pontificia de Comillas.

## 1.2. Los juicios de valor no técnicos en la relación clínica

Desde otro punto de vista, la introducción de juicios de valor no técnicos en la relación clínica es cada vez más importante, con la consecuencia de que diversos profesionales pueden resolver las situaciones de manera diferente. A este respecto se calcula que, aproximadamente, alrededor de un veinticinco por ciento de los casos tratados entraña la resolución de un problema ético importante<sup>157</sup>.

Como tales, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden anotarse las dudas acerca de si está justificado o no el restringir la actuación diagnóstica o terapéutica normal en pacientes ancianos o crónicamente enfermos, cuya calidad de vida futura se considera mala (cuestión ésta de extraordinaria importancia, si se tiene en cuenta la inversión de la pirámide demográfica en las sociedades desarrolladas y que se conoce como limitación del esfuerzo terapéutico).

Además de lo dicho, hay que enumerar otra serie de circunstancias, no todas ellas relacionadas con el final de la vida, que entrañan dichos juicios de valor.

En particular, las dificultades a la hora de decidir lo que se debe decir a los pacientes a los que se diagnostica un cáncer y que nunca pueden ser resueltas, de manera definitiva, mediante el establecimiento

---

<sup>157</sup> V. *Introducción a la filosofía de la medicina*, cuyos autores son WULFF, Henrik R., ANDUR PEDERSEN, Stig y ROSENBERG, Raben. Editorial Triacastela, Madrid 2002. También puede consultarse *La salud y los derechos humanos, aspectos éticos y morales*, Consejo de Europa y Organización Panamericana de la Salud, 1999, n° 574 de las publicaciones científicas de la Organización Panamericana de la Salud, oficina regional de la OMS con sede en Washington D.C. (46). La obra proporciona una descripción detallada de los distintos enfoques éticos: confesionales cristiano (católico y no católico), musulmán, budista, judío y agnósticos.

de criterios fijos en una norma; la incidencia de las convicciones religiosas en la realización de determinados actos sanitarios: ¿Qué hacer, por ejemplo, cuando un paciente precisa un tratamiento quirúrgico para salvar su vida pero rechaza las transfusiones de sangre en razón de esas convicciones?; la incidencia de la acción de los sanitarios en la vida cotidiana de los ciudadanos: ¿Cómo actuar cuando un paciente quiere seguir conduciendo su coche y no se le considera apto para hacerlo?; el enojoso problema del conflicto entre los profesionales sanitarios: ¿Qué debe decir un médico a un paciente que no ha sido tratado adecuadamente por un colega y quiere oír una segunda opinión acerca de ese tratamiento?; si no se debe perjudicar a nadie ¿hasta qué punto son aceptables los riesgos? O, dicho de otra forma, ¿cómo se puede hacer en cada caso la ponderación de las ventajas y de los inconvenientes?; con carácter general, la obligación de decir la verdad ¿debe primar hasta el extremo de causar un daño innecesario? ¿Hay que preservar la vida aún en contra de la voluntad expresa, consciente y firme del paciente?

En resumen, la labor de la medicina va más allá de solucionar problemas científicos y se adentra inevitablemente en el campo de la bioética, pero esta forma de actuar, para evitar desigualdades de trato, exige o requiere, a su vez, un cierto consenso social, que en la práctica trata de ser solucionado mediante la aparición de los Comités de Ética, en cuyo seno debe estar representada, inevitablemente, la propia sociedad<sup>158</sup>.

### **1.3. Decisiones al final de la vida en relación con la salud**

Las decisiones al final de la vida de las personas, en relación con la salud, están determinadas por las situaciones particulares en las que se pueden encontrar los médicos (u otros profesionales sanitarios) y los pacientes, que son múltiples y variadas.

---

<sup>158</sup> V. *Introducción a la filosofía de la medicina*, ya citada.

Abarcan desde el encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica (furor técnico), en un ámbito de dominio médico, hasta la eutanasia, como afirmación y autodeterminación absoluta del paciente (castigada en nuestro Código Penal)<sup>159</sup>, sin olvidar los cuidados paliativos, que constituyen un valioso intento de encontrar un adecuado punto intermedio entre los dos extremos anteriores. Sin embargo, no se agotan las situaciones y decisiones al final de la existencia con lo hasta ahora expuesto, pues hay que tener en cuenta la abstención y la limitación del esfuerzo terapéutico, además de la valoración de la calidad de vida. A lo anterior hay que añadir el rechazo al tratamiento, el llamado principio del doble efecto o del voluntario indirecto, la nutrición e hidratación artificiales y, por supuesto, las instrucciones previas, cuyo eje fundamental es el de la tensión capacidad-incapacidad, desde el momento en que una persona, mediante el mecanismo de la autonomía prospectiva, establece documentalmente lo que quiere que se haga o no se haga en relación con su salud (además de algunas otras cuestiones, como el destino de su cuerpo o de sus órganos) mientras goza de su

---

<sup>159</sup> El artículo 143 del Código Penal vigente, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, dice lo siguiente:

“1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, sería e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”. V además, el trabajo de Couceiro, A.: “La sedación de los enfermos en el contexto de los cuidados Paliativos”, en el libro *Ética y Sedación al final de la vida*, publicado por la Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2003, pp. 46 y ss.”

capacidad natural de juicio y cuyos efectos deben producirse (dentro de ciertos límites) cuando ya no esté en disposición de manifestar su voluntad, recordando que las instrucciones previas sanitarias, si bien no tienen aplicación exclusiva al final de la vida, se utilizan principalmente para dicho fin, hasta el punto de que abarcan el fundamental desarrollo que han tenido en el derecho sanitario español hasta ahora.

En atención al caso que será objeto de análisis, tratamos, a continuación, las cuestiones más directamente relacionadas con el mismo<sup>160</sup>.

#### **1.4. Intervenciones inadecuadas**

Las intervenciones (en el sentido que se da a esta palabra en el Convenio de Oviedo) son inadecuadas por diversas razones<sup>161</sup>: carencia de un efecto científicamente demostrado o, aunque sea apropiada la intervención, deje de serlo más adelante (por ejemplo, ventilación asistida por parada cardíaca, a pesar de fallo multiorgánico al no responder a los cuidados intensivos). En resumen, en presencia de situaciones en las que la opinión clínica sensata entiende que el objetivo de devolver la salud y las funciones vitales es inalcanzable (paciente moribundo, en fase terminal o desahuciado y sin esperanza).

Se habla de futilidad fisiológica cuando el deterioro físico ha avanzado tanto que ninguna intervención conocida conseguiría restablecer las funciones vitales (paciente moribundo). También se habla de futilidad probabilística, que suele hacer referencia al esfuerzo realizado para procurar un beneficio a un paciente, que por lo que resulta de la razón

---

<sup>160</sup> V. SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, op. cit.

<sup>161</sup> R. JONSEN, Albert; SIEGLER, Mark; WINSLADE, J.; WILLIAM, J. y CAMPS, Victoria (prólogo), *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*. Editorial Ariel S.A., Barcelona 2005, pp. 46 y ss.

y la experiencia tiene una alta probabilidad de fracaso. Por último, se habla de futilidad cualitativa, en el sentido de que el objetivo alcanzable no merece la pena.

Todas las acepciones del término futilidad representan juicios de valor, si bien la futilidad fisiológica permite a los médicos ignorar las preferencias del paciente y sus familiares (la medicina ya no puede cumplir con sus fines), mientras que la probabilística o la cualitativa determina que los facultativos carezcan de autoridad ética para tomar una decisión sin contar con el paciente o sus representantes, discutiéndose, por lo demás, cuándo la intervención debe considerarse fútil desde el punto de vista estadístico.

En resumen, se debería prohibir la toma de decisiones unilaterales por parte de los médicos en casos de futilidad probabilística y cualitativa, solicitando consulta a los comités de ética, no tratándose de otra cosa más que de la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, el desequilibrio entre los beneficios que se esperan y las cargas que imponen las continuas intervenciones.

### **1.5. El principio del doble efecto o del voluntario indirecto**

El principio del doble efecto hunde sus orígenes en Aristóteles y se formula decididamente por Tomás de Aquino como justificación moral de matar a un semejante en legítima defensa, siendo después debatido por la Escuela Española del Siglo de Oro<sup>162</sup> y recogido por la Iglesia Católica en algunas ocasiones.

---

<sup>162</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse a GRACIA, D., *Como arqueros al blanco, estudios de bioética*. Editorial Triacastela, 2004, San Sebastián, pp. 395 y ss. También COUCEIRO, A., “La sedación de los enfermos en el contexto de los cuidados paliativos”, en el libro, *Ética y sedación al final de la vida*, publicado por la Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2003, pp. 29 y ss.

Frente al paradigma naturalista o clásico (que se caracteriza porque el principio de la moralidad se halla en la naturaleza y en su orden interno, lo que es tanto como la ley natural), se alza el paradigma autonomista o moderno (que sustituye el orden de la naturaleza por el orden de la razón).

En resumen, en el ejemplo de la administración de morfina, el acto y los efectos previsibles son dos, esto es, el alivio del dolor y la depresión del centro respiratorio. El principio del doble efecto reconoce que, a veces, las personas tienen que adoptar decisiones que producen, según las circunstancias, efectos deseados e indeseados simultáneamente, de tal manera que no es posible separarlos.

---

La Iglesia Católica asumió la doctrina del doble efecto en 1957, al admitir que no puede imponerse a todos un “comportamiento heroico” (Pío XII: “A una asamblea internacional de médicos y cirujanos”, 24 febrero 1957, en A. A.S., 49 — 1957— 147; “A los participantes a un congreso internacional de neuropsicofarmacología”, 9 septiembre 1958, en A.A.S., 50 — 1958— 694; Congregación para la doctrina de la fe: Declaración sobre la eutanasia, 5 mayo 1980, en A.A.S., 72 — 1980— 547). Se afirma que, cuando “motivos proporcionados” lo exijan “está permitido utilizar con moderación narcóticos que calmarían el dolor, pero también conducirían a una muerte más rápida” (Pío XII: “a los participantes a un congreso internacional de neuropsicofarmacología”, op. cit., loc. cit.). En tal caso “la muerte no es querida o buscada en ningún modo, aunque se corre este riesgo por una causa justificable: simplemente se tiene la intención de mitigar el dolor de manera eficaz, usando para tal fin aquellos analgésicos de los cuales dispone la medicina” (Congregación para la doctrina de la fe: “Declaración sobre la eutanasia”, Op. cit., 548). En lo referente a los textos del magisterio de la iglesia sobre bioética, puede consultarse el libro *El don de la vida*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2003.

Se encuentra también esta justificación presente en la Declaración de la Organización Médica Colegial española sobre el tema (Declaración sobre la atención médica al final de la vida, Madrid 11.1.2002).

Para todas estas cuestiones puede consultarse el libro de BARRIOS, Luis Fernando, *Marco jurídico de la analgesia. Énfasis en el paciente terminal*. Edita: You&Us, S.A., Madrid 2005.

Se justifica esta acción siempre que se den determinadas condiciones: la primera que el acto tiene que ser bueno o al menos indiferente (se busca el alivio del dolor, no poner fin a la vida); la segunda, es la llamada simultaneidad, esto es, los efectos buenos y malos se siguen inmediata y simultáneamente del acto (el alivio del dolor y el acortamiento de la existencia); la tercera es la no intencionalidad, ya que no se busca directamente la muerte sino la terminación del sufrimiento; por último, tiene que haber proporcionalidad entre los dos motivos (bueno y malo), sin que el efecto buscado sea desproporcionado con el que se sigue indeseada, colateral o involuntariamente.

Se observará, en consecuencia, la diferencia que hay con la eutanasia, ya que en ésta su fin es matar y no aliviar, sin que se de la proporcionalidad a que nos hemos referido anteriormente. Por tanto, la intención permite diferenciar entre lo querido y lo permitido, siendo este el caso en que se da un fármaco mediante el cual se busca un efecto curativo, pero que permite asumir unos posibles efectos secundarios.

## **1.6. Los cuidados paliativos**

Los cuidados paliativos hacen frente al dilema que se plantea entre el sufrimiento y el deseo de vivir y su origen se remonta a 1967, en Londres, en el St. Christopher Hospice, estableciéndose, en principio, para enfermos de cáncer en estado terminal, siendo después extendidos al estado terminal de otras afecciones (por ejemplo, el sida).

Se trata de un tipo de cuidados que tienen en cuenta la totalidad de la persona, su dolor físico y su agonía psíquica, con la finalidad de aliviar los síntomas de enfermedades incurables en esta fase terminal, cuando ya no se puede curar ni actuar sobre las causas del mal. Su objetivo decidido es permitir que el proceso natural del estado terminal se despliegue en condiciones tan buenas como sea posible, preservando la lucidez y la capacidad relacional del enfermo, impidiendo su sufrimiento.

Los cuidados paliativos deben llevarse a cabo de forma profesionalizada (con independencia de su nacimiento en el medio cristiano), sin perjuicio de la función que corresponde a la familia o a otros allegados. Además, el gran valor de los cuidados paliativos debe resultar del hecho de constituir cuidados personalizados en relación con cada paciente. Esto es, se debe tener en cuenta que la persona está situada en una historia, con toda su complejidad.

Los cuidados paliativos adquieren carta de naturaleza en la década de los noventa, como consecuencia de la creación de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos y de la percepción ciudadana del valor de la autonomía y la consolidación de sus derechos, promoviéndose numerosos documentos que tratan de sistematizar adecuadamente este tipo de cuidados<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Entre estos documentos se puede señalar los siguientes: El documento sobre situaciones al final de la vida, derivado del convenio de colaboración suscrito por el Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, de 1 de octubre de 1999; la Recomendación 1418 del Consejo de Europa, sobre Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos, de 1999; la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Atención de Pacientes con fuertes Dolores Crónicos en las Enfermedades Terminales, de 26 de abril de 2002; la Declaración de Sydney de la Asociación Médica Mundial sobre la Muerte, de 26 de abril de 2002; la Declaración de Venecia de la Asociación Médica Mundial sobre la Enfermedad Terminal, de 27 de abril de 2002; la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Estado Vegetativo Persistente, de 30 de abril de 2002; la Declaración de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos, de 11 de enero de 2002; la Declaración del Comité Ético de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, de 26 de enero de 2002; el Consentimiento Informado en Cuidados Paliativos, del Comité de Ética de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, de 15 de febrero de 2002; la Declaración de la Academia Pontificia para la Vida, de la Santa Sede, en relación con el respeto a la Dignidad del Moribundo, de 12 de marzo de 2003; la Guía de Cuidados Paliativos de la Sociedad Española del mismo nombre ([www.secpal.com](http://www.secpal.com)). Por último, puede consultarse el documento del Ministerio de Sanidad y Consumo (2007) *Estrategia en cuidados paliativos del Sistema Nacional de Salud*, en el que dentro del desarrollo de las líneas estratégicas se contiene un apartado específico para la autonomía

En resumen, se trata de establecer programas basados en las áreas de salud, multicéntricos y multidisciplinarios. Es decir, con participación de la atención especializada y de atención primaria, constituyéndose con preferencia en el ámbito domiciliario y con participación de diferentes profesionales. Deben, además, profesionalizarse y atender a los familiares o cuidadores en la medida precisa.

### **1.7. Nutrición e hidratación artificiales: ¿cuidados básicos o medidas terapéuticas?**

Existen dos posiciones en relación con esta cuestión. La primera entiende que la alimentación e hidratación artificiales son procedimientos médicos sujetos a los mismos criterios que otros procedimientos de la misma clase, de manera que a veces pueden resultar injustificadamente perjudiciales, no formando parte siempre de los cuidados paliativos.

La segunda argumenta, sin embargo, que son necesarios para asegurar la comodidad y dignidad del paciente, por su significado simbólico para la familia y para la sociedad. Además, hay que tener en cuenta la pendiente resbaladiza (esta posición entiende que lo contrario de dejar morir es matar).

A su vez, se critica la anterior posición porque a veces puede suponer la existencia de dolor o sujeción física, ya que no se puede entender científicamente que la desnutrición cause en todo caso hambre y la deshidratación sed, tratándose, además, de una polémica en la que hay que tener en cuenta importantes aspectos culturales<sup>164</sup>.

---

del paciente, pp. 79 y ss. ([www.msc.es](http://www.msc.es)). También las comunidades autónomas han desarrollado sus propios documentos de planes integrales de cuidados paliativos.

<sup>164</sup> V. GÓMEZ RUBÍ, J.A., *Ética en medicina crítica*, Triacastela, pgs 153 y siguientes. Madrid, 2002.

Los autores de la ética principialista<sup>165</sup> traen a colación el caso de CLAIRE CONROY (1980) que, al ser incapaz de alimentarse e hidratarse por sí misma, recibía alimentación e hidratación artificiales a través de una sonda nasogástrica. En virtud de las circunstancias concurrentes, el tribunal supremo de New Jersey estableció que cualquier tratamiento médico, incluyendo la alimentación e hidratación artificiales, puede ser no iniciado o interrumpido en un paciente incapaz, en atención a un criterio subjetivo (si se demuestra, sobre la base de elecciones autónomas previas, que el paciente lo hubiera rechazado) o bien en atención a la prueba del mejor interés (datos fiables que demuestren que el paciente habría rechazado el tratamiento, o bien cuando los inconvenientes netos que para el paciente supondría vivir con el tratamiento superan clara y significativamente los beneficios que el paciente obtendría de la vida).

En resumen, entienden dichos autores que los tribunales de EE.UU. apoyan la idea de que la alimentación e hidratación artificiales no tienen diferencias significativas con el resto de las medidas de soporte vital, dado que son procedimientos médicos sujetos a los mismos criterios que otro tipo de procedimientos médicos, por lo que a veces pueden resultar injustificadamente perjudiciales. Frente a la comodidad, dignidad, significado simbólico y pendiente resbaladiza que sirve para argumentar que la nutrición e hidratación artificiales son cuidados básicos, se entiende que la alimentación e hidratación artificiales pueden producir perjuicios, incomodidad e indignidad, de manera que para algunos pacientes los inconvenientes superan a los beneficios, al margen de lo que dicho tratamiento simbolice para la sociedad.

Ahora bien, para retirar la alimentación e hidratación dichos autores entienden que deben reunirse determinadas condiciones: que existan

---

<sup>165</sup> BEAUCHAMP Y CHILDRESS, *Principios de ética biomédica*, Masson, 1999, pgs 165 y siguientes.

bastantes probabilidades de que los procedimientos no mejoren los niveles nutritivos y de hidratación; que los procedimientos mejoren los niveles nutritivos y de hidratación, pero el paciente no obtenga ningún beneficio de ello (por ejemplo, en caso de anencefalia o de estado vegetativo permanente); que los procedimientos mejoren los niveles nutritivos y de hidratación y el paciente obtenga beneficios, pero los inconvenientes superen a los beneficios (por ejemplo, la contención física en pacientes demenciados, que puede provocar miedo e incomodidad, especialmente si el paciente lucha por liberarse de dicha contención).

Los autores de un conocido manual de ética clínica<sup>166</sup> americana participan también de este criterio, entendiéndolo que se tienen que dar diversas circunstancias para que se justifique la decisión de suspender la alimentación<sup>167</sup>. Con carácter general, manifiestan la opinión de que los facultativos actúan correctamente cuando recomiendan que intervenciones dirigidas al mantenimiento de la vida sean denegadas o interrumpidas, a menos que una ley disponga lo contrario, cuando se dan determinados requisitos: que exista la certeza casi absoluta de que continuar con la intervención médica no logrará ninguno de los fines de la medicina distintos de la preservación de la vida orgánica; que las preferencias del paciente no se conozcan o no se puedan expresar; que la calidad de vida esté notoriamente por debajo del mínimo y que la familia dé su conformidad, recordando varios precedentes judiciales (tribunal de California, caso Bartling; tribunal supremo, caso Cruzan; tribunal supremo de Nueva Jersey, caso Quinlan).

---

<sup>166</sup> JONSEN, Albert R., SIEGLER, Mark, WINSLADE, William J. Prólogo de Victoria CAMPS. Editorial Ariel, Barcelona 2005, pp. 227 y siguientes.

<sup>167</sup> En concreto, la dificultad de encontrar otro fin médico que el mantenimiento de la vida orgánica; la imposibilidad de que el paciente, dada su incapacidad mental, pueda expresar preferencia alguna para el presente o el futuro; la inexistencia de manifestaciones por parte del paciente en cuanto a su nutrición permanente y la previsión de ausencia de malestar o dolor al aplicar una medida como ésta, debido al débil estado del enfermo.

En lo que se refiere a España, son muy interesantes las conclusiones del III Foro de Debate de la Sociedad Española de Nutrición Parenteral y Enteral (SENPE), a propósito de los aspectos éticos del soporte nutricional especializado<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Conclusiones del III Foro de Debate, publicadas en la Revista *Nutrición Hospitalaria* y difundidas en la página web de SENPE, 2006.

En ellas se contiene una serie de puntos a propósito de la ética y soporte nutricional especializado:

“Importancia de la reflexión ética. Se trata de decisiones que entrañan cuestiones morales de gran trascendencia (vida y dignidad humanas), ya que sin discernimiento ético no puede haber decisiones justas. Es importante distinguir los juicios morales de otros juicios prácticos, desde el momento en que la muerte suscita importantes problemas éticos.

La ética se basa en la creencia de que una persona actúa correctamente (hay que dar justificación de nuestros actos). La ética siempre adopta un punto de vista universal, aunque hay que tener en cuenta las circunstancias concretas.

La dificultad para encontrar criterios éticos adecuados al final de la vida reside en el llamado cosmopolitismo multicultural y en la irreversibilidad de las decisiones, además de afectar a terceras personas (médicos, otros profesionales sanitarios, pacientes y allegados). De ahí la importancia de los comités éticos en este campo. Finalmente hay que tener en cuenta la introducción de juicios de valor no técnicos en la relación clínica (por ejemplo, limitación del esfuerzo terapéutico)”

“Aspectos generales

Los conflictos éticos no tienen por qué ser conflictos técnicos ni legales, aunque puedan llegar a convertirse en ellos. Los conflictos éticos son básicamente conflictos de valores.

Toda persona tiene derecho a que el profesional sanitario le proporcione información suficiente para que sea capaz de decidir sobre los procedimientos que afecten a su estado de salud.

El principio de autonomía implica asumir que la mayoría de los pacientes son capaces para comprender y decidir sobre una prueba diagnóstica o un tratamiento.

Los comités éticos asesoran y no toman decisiones y si las toman no son vinculantes. La responsabilidad la tiene el facultativo responsable y/o el equipo”.

“Ética y Soporte Nutricional Especializado (SNE)

El acceso seguro y garantizado a los alimentos es un derecho humano fundamental.

Medidas terapéuticas, entre las que se encuentra el SNE, en determinadas circunstancias tienen efectos sobre el paciente, su familia, el colectivo sanitario y reflejan valores de nuestra sociedad.

## 1.8. Formulación de una regla general: el principio de proporcionalidad

Toda la cuestión debatida puede reconducirse al principio de proporcionalidad, prescindiendo de otras distinciones. Según el mismo cualquier tratamiento médico es éticamente obligatorio en la medida en que

---

El SNE puede ser entendido como un cuidado o como un tratamiento: La consideración de cuidado obliga a administrarlo a todos los sujetos, aunque sea fútil, y tiene un fin fundamental que es mantener la dignidad y el confort del paciente; y la consideración de tratamiento obliga a valorar indicación vs contraindicación, cargas y beneficios del mismo.

El Grupo de Ética de la SENPE debe desarrollar modelos de consentimiento informado (escrito) para las técnicas que conlleva el soporte nutricional especializado. La calidad del CI dependerá de su adecuación a la legalidad vigente; de la cantidad y calidad de la información y de la complejidad de su redacción, además de otros aspectos como vocabulario, formato, extensión y tipografía.

Existe una sensibilidad mayoritaria en nuestra población que entiende que el SNE por vía oral-enteral (en contraposición al SNE por vía parenteral) es considerado más como un cuidado básico, en tanto en cuanto es una medida más próxima a la alimentación natural.

La decisión de retirar o no instaurar SNE en situaciones que condicionan conflicto ético debe basarse en tres pilares: individualizar, compartir o consensuar y reevaluar en el tiempo.

Existe una gran variabilidad en las decisiones de los clínicos sobre no indicar o retirar el SNE en situaciones terminales. Una encuesta realizada a expertos de nutrición de SENPE refleja esta variabilidad y la relaciona con falta de información y educación sanitaria (en esta materia) de la población, lo que sitúa a los pacientes y a sus familiares en posiciones conflictivas en la toma de decisiones. SENPE buscará la forma de implementar medidas que permitan un amplio desarrollo social de una cultura de instrucciones previas sobre decisiones de salud.

En último término, en un paciente terminal no son importantes los indicadores nutricionales analíticos sino la sensación de bienestar, aunque se deben establecer los límites a la Nutrición-Hidratación en el paciente terminal en función de: la invasividad de ciertos procedimientos, los costes desproporcionados y la decisión del paciente.

Se constatan diferencias entre CCAA con respecto a: recetas, autorización, tipo de productos, dispensación, material fungible, financiación y facturación. Basado en el principio de equidad entre todos los ciudadanos del estado español, SENPE manifiesta que se debe exigir la igualdad de acceso, *entre las diferentes CCAA*, a las prestaciones sobre SNE reconocidas por la Ley de Cohesión y Calidad del SNS.”

la probabilidad de proporcionar beneficios al paciente sea superior a las cargas que puede soportar. Este principio de proporcionalidad es de fácil aplicación a las preferencias de los pacientes (autonomía), por cuanto que éstos tienen derecho a decidir qué entienden por beneficios y por cargas. Sin embargo, la proporcionalidad también es aplicable a las indicaciones médicas, aunque hay que reconocer que se torna más difícil cuando se recurre a dicho principio en decisiones que afectan a personas con una discapacidad irreversible sin que previamente hayan otorgado instrucciones previas ni hayan hecho manifestación alguna al respecto.

Las opiniones expuestas se recogen también en algunos trabajos de médicos españoles<sup>169</sup> en los que se plantea si la alimentación e hidratación artificiales constituyen un tratamiento médico o un componente de cuidados humanos básicos. Ponen de relieve que los diferentes procedimientos implican riesgos y complicaciones graves, incluso la muerte y que existen enfermedades y situaciones en las que la alimentación artificial supone una desventaja o una técnica inútil o desproporcionada<sup>170</sup>. Por otro lado, en atención a nuestras características socioculturales, distinguen los supuestos en que el suministro de líquidos y alimentos se realiza como medida de mantenimiento en un paciente que no puede utilizar la vía digestiva normal por alguna razón, como las dificultades para la deglución por un estado de coma, las alteraciones de la conducta por enfermedad mental y otras, (entendiendo que en estos casos

---

<sup>169</sup> V.J.E. HORTELANO MARTÍNEZ, J. E., AZULAY TAPIERO, A. CASTILLO BLASCO, M. “Decisiones ético-clínicas sobre la alimentación e hidratación artificial mediante sonda en la enfermedad terminal”, *Nutr. Hosp.* (2002) XVII (6) 279-283.

<sup>170</sup> En concreto, cuando hay afectación del tubo digestivo por enfermedades que cursan con mala absorción, o mala digestión; cuando el trastorno es irreversible y el paciente o la familia solicita la interrupción del tratamiento; cuando las desventajas sean desproporcionadas respecto a los beneficios, como ocurre en pacientes en situación de enfermedad terminal, en los que ésta técnica prolonga el sufrimiento y la agonía (“encarnizamiento terapéutico”); en fin, cuando el paciente lo percibe como dolor o afecte a su dignidad y espacio personal.

se puede considerar como parte de los cuidados básicos generales, que en nuestra cultura se proporcionan a todas las personas, salvo que de forma expresa haya manifestado lo contrario) de aquellos otros que no tienen tal carácter, en los que constituye un medio de soporte vital, similar a la ventilación mecánica o a la diálisis y susceptibles de ser retirados o no instaurados en las situaciones sin expectativas razonables de recuperación<sup>171</sup>.

La dependencia de los modelos culturales y sociales en uso es un lugar común entre los especialistas, hasta el punto de que se considera necesario para la no iniciación o retirada que se haga mediante acuerdos que puedan ser asumidos por una mayoría de los implicados, siendo conocido que los profesionales sanitarios tienen más dificultades para la retirada que para la no iniciación<sup>172</sup>. Mas aún, se ha formulado una propuesta concreta para la forma de actuación ante la limitación del esfuerzo terapéutico<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> GÓMEZ RUBÍ, *Ética en medicina crítica*. Op. cit., p. 163. En particular dicho autor incluye entre los susceptibles de ser retirados o no instaurados los casos en que se utiliza para corregir desviaciones metabólicas derivadas del hipermetabolismo (traumatismo, sepsis, etc.), mejorar la inmunidad de las situaciones críticas (la llamada inmunonutrición) o tratar algunos fallos orgánicos sensibles al aporte de nutrientes específicos (fracaso renal, hepático o pulmonar).

<sup>172</sup> V. El trabajo de ABIZANDA CAMPO. R sobre “Limitación del esfuerzo terapéutico y la no instauración o retirada de medidas de soporte”, en la obra *Medicina Crítica Práctica. Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Coordinador CABRÉ PERICAS, L. Edika Med, Barcelona 2003, pp. 67 y ss.

<sup>173</sup> V. En la obra citada en la nota 18, el trabajo de GORDO VIDAL. F, y ESTEBAN DE LATORRE. A “Limitación del esfuerzo terapéutico en seis hospitales universitarios españoles”, p. 83 y ss. Dichos autores establecen las reglas siguientes:

“1. Tomar las decisiones de un modo colegiado y siempre por unanimidad. La presencia de dudas por parte de uno solo de los miembros del equipo implicado en la decisión, una vez discutido el caso, ha de ser motivo suficiente para posponerla y reevaluar pasados unos días”.

Quizás pueda concluirse admitiendo la relevancia del principio de proporcionalidad, si bien matizado por factores socioculturales que deben de ser objeto de ponderación, máxime si los profesionales sanitarios, a la espera de una evolución clara de la sociedad española, manifiestan opiniones no totalmente coincidentes<sup>174</sup>. Mientras tanto, es un buen criterio consultar a los Comités de Ética, promover el otorgamiento de instrucciones previas sanitarias y favorecer, en definitiva, la educación sanitaria de la población en este ámbito.

### 1.9. ¿Qué se entiende por limitación del esfuerzo terapéutico?

La limitación del esfuerzo terapéutico es un concepto nuevo, reciente, restrictivo, que se diferencia de la renuncia voluntaria al tratamiento: se entiende por tal no instaurar o retirar ciertos procedimientos, sobre todo técnicas de soporte vital, cuando el resultado de ello es, previsiblemente

---

2. “Siempre que sea posible, consultar con los familiares, intentando alcanzar un acuerdo directo y explícito, o tan sólo indirecto. En muchas ocasiones, enfrentar directamente a la familia del paciente con una decisión tan traumática como siempre es ésta puede resultar excesivamente cruel. Por ello, en muchos casos, una conversación que sugiera la inutilidad de continuar y una respuesta no explícita por parte de una familia que no desea asumir una decisión tan trascendental, pueden ser suficientes”.

3. “Discutir colectivamente estos problemas, ya sea coincidiendo en situaciones concretas o bien en reuniones organizadas a tal efecto, facilitará la evolución armónica del grupo”.

4. “Monitorizar la actuación del grupo. Como en otras actividades asistenciales llevadas a cabo en la UCI, será necesario recoger cuidadosamente los datos referentes a la limitación o retirada de las medidas terapéuticas, tanto para conocer cuál es nuestra situación como para saber si se está evolucionando o si es necesario introducir cambios y cuál es su resultado”.

Dentro de la misma obra, GOMEZ RUBÍ. J.A. plantea también la propuesta de una estrategia práctica en su trabajo “Limitación de medidas de soporte vital: Una vez instauradas, ¿porqué no retirar?”, pp. 113 y ss.

<sup>174</sup> VALERO ZANUY M<sup>a</sup> A., et al “¿Se considera la hidratación y la nutrición artificial como un cuidado paliativo?” *Nutric. Hosp.* 2006, 21 (6): 680-685.

la muerte (vinculado fundamentalmente a las unidades de cuidados intensivos).

En la doctrina, se han clasificado los supuestos de limitación del esfuerzo terapéutico en atención a los conflictos de valores que se plantean en relación con la misma: la vida en relación con la autonomía (el rechazo al tratamiento); la vida en relación con la valoración económica (relación de costes y beneficios, justicia); la vida y la no maleficencia (indicaciones y contraindicaciones, por ejemplo en el caso de la sedación); por último, la vida y la eficacia y efectividad (utilidad o inutilidad)<sup>175</sup>.

### **Caso I. Limitación del esfuerzo terapéutico**

*Una mujer, de 84 años de edad, presenta antecedentes de demencia evolucionada con perfil vascular de varios años de evolución, asociando un deterioro funcional severo, diabetes mellitus tipo 2, HTA esencial y arteriopatía crónica de M II con microcoagulopatía y lesiones isquémicas en M II. Ingresó en el Hospital A en enero de 2008 por presentar un cuadro de cuatro meses de evolución consistente en deterioro funcional y psíquico progresivos, junto con agitación psicomotriz de predominio nocturno. Asociaba una necrosis en el pulpejo y 2ª falange del tercer dedo del pie izquierdo, así como una escara necrótica en el talón izquierdo con signos de infección. Fue valorada por Cirugía Vascular, diagnosticando un arteriopatía crónica de MM II no susceptible de revascularización. Además, presentaba una fractura de las ramas ilio e isquiopubiana izquierdas, en probable relación con caídas previas. Una vez estabilizada clínicamente fue remitida al Hospital B para continuidad de cuidados.*

---

<sup>175</sup> V. “Limitación del esfuerzo terapéutico: lo que nos enseña la historia”, GRACIA, Diego, en la obra *La limitación del esfuerzo terapéutico*, TORRE, Javier de la (ed), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2006, pp. 49 y ss.

*A su llegada a dicho Hospital el 6.2.08 se objetivó una úlcera con componente necrótico en el talón izquierdo grado IV de 6 x 6 cm, así como otra úlcera de grado IV de 1 cm en la base del del 5º metatarsiano izquierdo; el dedo 3º presentaba necrosis seca en toda su extensión. Se informó a la nieta (cuidadora principal de la paciente) que el plan de tratamiento sería el control del dolor, el tratamiento con curas locales de las úlceras del pie izquierdo y el soporte nutricional de la paciente.*

*A lo largo del ingreso la paciente se mantuvo estable y con una evolución tórpida de las úlceras del pie izquierdo, presentado infecciones urinarias intercurrentes que fueron tratadas de acuerdo a los resultados del antibiograma. El día 2.10.08 comenzó a presentar febrícula y signos de infección en las úlceras cutáneas, motivo por el que fue tratada con amoxicilina-clavulánico, remitiendo transitoriamente la fiebre pero empeorando el aspecto de las úlceras cutáneas y apareciendo signos de cianosis y mala perfusión en el pie izquierdo, así como signos de dolor en la paciente. El día 10.11.08 presentó fiebre alta y un severo deterioro del estado general, interpretándose el cuadro como una gangrena del MII. Se informó telefónicamente a la nieta de la situación de la paciente y de que se habían adoptado exclusivamente medidas de confort (analgesia con opiáceos, reforzada antes de las curas y antipiréticos), dada la situación global de la paciente (demencia evolucionada, inmovilismo irreversible) y la irreversibilidad del cuadro clínico. A las 48 horas de la conversación mantenida, la nieta se mostró partidaria de adoptar una actitud más intervencionista, solicitando tratamiento antibiótico y sueroterapia. Es de señalar que la nieta de la paciente afirma ser médico de profesión. Así, iniciamos tratamiento con metronidazol y ciprofloxacino y sueroterapia con insulina rápida a demanda. Según el familiar, era necesario mantener con vida a la paciente hasta que su madre (y única hija de la paciente) pudiese viajar desde el extranjero para estar con la paciente.*

*La paciente mejoró el nivel de conciencia con la sueroterapia, manteniendo fiebre, signos de dolor durante las curas y un progresivo empeoramiento de los signos de necrosis en el pie izquierdo.*

*El día 17.11.08 tanto la hija como la nieta de la paciente solicitaron el traslado de la paciente al Hospital A para su valoración por el Servicio de Cirugía Vascular. Así, fue trasladada a la Urgencia del Hospital donde fue valorada por el servicio de Medicina Interna y por Cirugía Vascular. Los profesionales de ambos servicios estimaron la no procedencia de la intervención quirúrgica, recomendando que siguiese con el tratamiento pautado en el Hospital B y remitiendo nuevamente a la paciente a dicho centro sanitario.*

*El 18.11.08 los dos familiares de la paciente expresaron su deseo de no tratarla con opiáceos, ya que este tratamiento podría perjudicar la salud de la paciente, y de transfundirla concentrados de hematíes, al haberse detectado una anemia de grado moderado en la Urgencia del Hospital A. Añadían que la situación de desnutrición de la paciente debía ser tratada con nutrición parenteral o incluso mediante la colocación de una sonda nasogástrica para forzar la alimentación.*

*La paciente ha mantenido un mal estado general con picos febriles, bajo nivel de conciencia y extensión de la zona de necrosis a todos los dedos del pie izquierdo y cara lateral del mismo, así como cianosis intensa en el resto del pie, maceración de la piel y fétidez. En 48 horas cumple 14 días de tratamiento antibiótico y se encuentra en situación de anasarca, lo que dificultará la canalización de una vía periférica en caso de perder la actual.*

*En la situación actual, existe un conflicto entre la opinión de los facultativos que atendemos a la paciente, partidarios de un tratamiento sintomático, dada la irreversibilidad del cuadro y los antecedentes de la paciente, y los familiares, uno de ellos médico, partidarios de adoptar todas las medidas posibles para retrasar el fallecimiento*

*de la paciente o incluso lograr la estabilización del proceso (¿momi-ficación del pie izquierdo?). El deterioro cognitivo de la paciente le impide expresar su voluntad y no existe constancia de la existencia de una voluntad anticipada.*

*Por todo lo anterior, solicitamos su opinión respecto de este caso.*

Se trata de una paciente de 84 años de edad que presenta una abigarrada pluripatología, que podríamos etiquetar como enfermedad avanzada, incurable, de evolución progresiva, con escasa o nula respuesta a los tratamientos y con una gran afectación de la autonomía y de la calidad de vida. Concretamente, la paciente sufre de demencia avanzada con perfil vascular, inmovilismo irreversible por fractura de cadera, arteriopatía crónica de MII no susceptible de revascularización, con úlceras necróticas y zonas de necrosis y gangrena del pié izquierdo. Diabetes mellitus tipo 2, hipertensión esencial, anemia moderada y desnutrición.

Además, la paciente presenta episodios febriles frecuentes por infección de las úlceras cutáneas, bajo nivel de conciencia y situación de anasarca.

El Servicio de Cirugía Vascular y el Servicio de Medicina Interna del Hospital A, donde estuvo ingresada recientemente para su evaluación, aconsejaron la no intervención quirúrgica y la aplicación de un tratamiento paliativo, en sintonía con el tratamiento que propone el Hospital B de referencia de la paciente.

El deterioro de la paciente no le permite ya expresar su voluntad, no gozando por tanto de la capacidad para decidir sobre su tratamiento. Por otra parte, no consta que la enferma haya registrado o formulado documento de instrucciones previas.

Si bien se comprende que la familia de la paciente solicite un tratamiento agresivo, estimamos, dada la naturaleza y la evolución irreversible del caso, así como el informe de los equipos médicos, que este tratamiento

debe ser preferentemente de tipo paliativo, controlando en lo posible el dolor, propiciando igualmente el máximo confort para ella y dándole todos los cuidados de enfermería que precise, sin prolongar, de manera estéril, el proceso irreversible.

Además del tratamiento paliativo, estimamos se le debe proporcionar a la paciente, siempre dentro de las posibilidades reales que existan para ello en cada momento concreto, cuidados médicos de tipo general, tales como la hidratación y la nutrición artificiales o la antibioterapia si ésta fuera eficaz.

Hay que considerar al respecto que, aunque a nivel nacional e internacional no existe consenso sobre si la alimentación y la hidratación artificiales por medio de una sonda gástrica o intravenosa constituye un tratamiento médico más o un cuidado humanitario básico, en nuestra cultura predomina éste segundo aspecto. Es decir, que se tienden a considerar como un tipo de cuidados que los seres humanos se deben unos a otros, una obligación básica de las personas para con sus semejantes. Se piensa, en definitiva, que sirven para mostrar respeto por las personas, manteniendo la solidaridad y negándose a abandonarlas a su suerte. Y todo ello al margen de que, en el caso de la paciente que nos ocupa, con deterioro cognitivo avanzado, se perciba o no el posible efecto beneficioso de dichos procedimientos.

Como norma general, en cuanto a los restantes tratamientos potenciales a aplicar a la paciente, habrá que considerar que el límite de dichos tratamientos deberá estar marcado siempre por el equilibrio entre los beneficios y los riesgos que comportan, algo que habrá que individualizar en cada momento de la evolución clínica, y no estando, en nuestra opinión, justificado el aplicar aquellos procedimientos médicos o tratamientos considerados como fútiles o inútiles para la paciente por el equipo médico que la atiende, ya que ello conduciría a un sufrimiento absurdo de ésta última, a un trato inhumano y degradante que podría considerarse como “obstinación o encarnizamiento terapéutico”.

Queremos reseñar, en relación con lo expuesto en el párrafo anterior, que la decisión para considerar un tratamiento fútil o inútil para la paciente deberá ser tomada conjuntamente por el equipo médico, dada su complejidad, nunca individualmente, y teniendo siempre en cuenta los principios de la *lex artis* y los protocolos o guías de actuación que existan para el caso en el Centro sanitario, escuchando a los familiares en un clima de negociación que impida el innecesario enfrentamiento. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la necesidad de actuar en equipo viene determinada actualmente por la ley de ordenación de las profesiones sanitarias (Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, artículo 9), al que considera como la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos.

Todos los tratamientos y cuidados propuestos anteriormente tienen su fundamento último en mantener la dignidad de la paciente, y en que, si bien ésta ha perdido su capacidad para tomar decisiones libremente sobre su tratamiento y sus capacidades de razonar y de toda interacción humana debido al deterioro cognitivo que sufre, ello no significa que haya desaparecido por completo su posibilidad de sentir emociones.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que también podría ser pertinente, en el caso de que en un momento dado lo pidiera la familia o así lo consideraran los profesionales que atienden a la paciente (principalmente por solicitárseles un tratamiento que consideraran claramente desproporcionado), la consulta al comité de bioética del hospital de referencia A, dado que es allí donde se la ha estudiado y existe un comité de ética asistencial capaz de afrontar la complejidad de las decisiones, sobre esta materia, que pudieran plantearse.

La correcta *lex artis*, en cuanto forma adecuada de actuación del médico u otros profesionales sanitarios en un caso concreto, constituye

jurídicamente el límite de la actuación sanitaria, si bien debe ir precedida de la necesaria información a los familiares, tal y como se ha venido haciendo, ya que en los supuestos como el que ahora se analiza no cabe otra forma de obtener el consentimiento (cuestión ésta que se analiza después) dejando constancia de todo ello en la historia clínica.

Existe un derecho a no sufrir, que se ha construido doctrinalmente al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 de nuestra Constitución, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, salvo, claro está, voluntad contraria, claramente manifestada por el paciente.

Nuestra ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículo 9) establece el consentimiento por representación. Cabe decir que cuando el pronóstico sobre la evolución del paciente es todavía incierto, la decisión de aceptar o de rechazar un tratamiento corresponde en principio a los familiares. Sin embargo, no están legitimados para actuar conforme a sus propios intereses o deseos, sino en el mejor interés del paciente (“siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”).

Sin embargo, si el tratamiento es ineficaz, son los criterios profesionales objetivos derivados de la *lex artis* los que deben salir triunfantes, de acuerdo, como se ha dicho anteriormente, con los estándares, guías o protocolos. Ha de tenerse en cuenta que el inicio o continuación de un tratamiento cuando no cabe esperar beneficio objetivo alguno para el paciente, por no contar con expectativas reales de devolverle la conciencia, no forma parte de los deberes de asistencia. En resumen, la *lex artis* significa la supresión del tratamiento a medida que se entra en la zona oscura de la obstinación terapéutica, sin expectativas razonables y previsibles de recuperación, no olvidando, por supuesto, los cuidados paliativos.

## 2. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

### 2.1. Introducción: referencia a la regulación de la reproducción humana asistida en los países de nuestro entorno cultural

Los casos que a continuación se analizan y comentan están relacionados con aspectos esenciales de la sociedad, tales como la familia, el matrimonio, el estado civil de las personas, el pluralismo y multiculturalismo y el estado actual de la ciencia en una determinada rama de la medicina, por lo que su contenido encierra importantes valores éticos que constituyen el punto inicial obligado para el Derecho, en cuanto su finalidad está presidida por la necesidad de establecer normas de convivencia.

El acceso por la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida (casos números 1 y 2) no es en modo alguno una posibilidad admitida en la mayoría de los países que nos rodean. En Francia no está autorizado al exigirse que el hombre y la mujer formen una pareja que esté viva, en edad de procrear, casada o que pueda aportar la prueba de una vida en común de al menos dos años<sup>176</sup>. En términos similares se regula en Portugal, al requerirse que se trate de personas casadas, que no se encuentren separadas judicialmente o de hecho, o que, siendo de sexo diferente, vivan en condiciones análogas a los cónyuges por lo menos durante dos años antes<sup>177</sup>.

En Italia, su ley de reproducción prescribe que se trate de una pareja mayor de edad, de distinto sexo, casada o en convivencia, en edad potencialmente fértil y viviendo junta<sup>178</sup>. En el Reino Unido tampoco

---

<sup>176</sup> Art. L2141-2, del Código de Salud de Francia (establecido por la ley núm. 2004-800, de 6 de agosto).

<sup>177</sup> Art. 6, de la ley núm. 32/2006, de procreación médicamente asistida, de Portugal.

<sup>178</sup> Art. 5, de la ley núm. 40, de 10 de febrero de 2004, de procreación médicamente asistida, de Italia.

se permite a una mujer acceder a la reproducción asistida sin tener en cuenta el bienestar del hijo que puede nacer, citándose en este sentido la necesidad de que exista un padre para este último<sup>179</sup>.

Por último, en Alemania no existe regulación sobre la materia, lo que invita a pensar que dicha omisión implica una ausencia de restricción, si bien la normativa de Seguridad Social excluye la cobertura cuando la técnica se realiza con semen de donante<sup>180</sup>. Tampoco se aprecian leyes de acceso a la reproducción que delimiten esta cuestión en Estados Unidos, lo que conduce en la práctica a un régimen permisivo<sup>181</sup>.

Para analizar jurídicamente la situación referida al caso 3 (utilización de semen criopreservado por el cónyuge superviviente como consecuencia de enfermedad previa del marido) hay que considerar, en primer lugar, la petición en sí de congelación de la muestra de semen, que no tiene mayor inconveniente a la luz del marco normativo vigente de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, ya que la limitación a cinco años del plazo de conservación del gameto masculino quedó eliminada en 2003, a raíz de la reforma de la antigua ley de 1988<sup>182</sup>, estableciéndose en la actualidad que “el semen podrá criopreservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede”<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> Sección 13 (5), de la ley de fertilización humana y embriología de 1990, del Reino Unido.

<sup>180</sup> V. GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Ed. Comares, 2004, pp. 96-109. La autora menciona la ley alemana de 1990 sobre protección de embriones, el Informe Benda del que proviene dicha norma y el Código de la Seguridad Social alemán, en su libro V (SGB), sección 27.

<sup>181</sup> V. ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho Español y Comparado*, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 337.

<sup>182</sup> La ley 45/2003, de modificación de la ley 35/1988, estableció como nueva redacción del art. 11.1 de esta última la siguiente: «El semen podrá criopreservarse en bancos de gametos autorizados al menos durante la vida del donante». La alusión sólo al donante y no al paciente en general fue corregida por la ley 14/2006.

<sup>183</sup> Art. 11.1, de la ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Sin embargo, se echa en falta en nuestra normativa de reproducción, tanto pasada como presente, una alusión específica a los supuestos de congelación de gametos para preservar la fertilidad, ante situaciones de tratamientos oncológicos agresivos o de realización de actividades de riesgo que puedan comprometer la capacidad reproductiva de los interesados. Cabe deducir, no obstante, un régimen permisivo de dicha práctica a partir de la amplitud temporal de congelación de los gametos, tanto masculinos como femeninos, que se proclama en la ley de 2006<sup>184</sup>, y de la ausencia de prohibición alguna para las actuaciones referidas.

### **Casos de acceso por la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida**

#### **Caso I**

*Soy una mujer de 38 años que quiere tener un hijo y tengo un problema de infertilidad (factor tubárico). Posiblemente debido a una apendicectomía en la infancia (adherencias) y sección trompa derecha por un error humano en la intervención, de lo que mi familia no fue informada y ahora ha sido visto en reciente laparoscopia.*

*Hace siete años decidí donar óvulos para unos amigos que no podían tener hijos; yo a su vez ya estaba intentándolo de forma natural. Entonces descubrieron que yo tampoco era fértil y pasamos (mi pareja y yo) a la lista de espera para tratamiento de esterilidad en el hospital A. Desafortunadamente, mi pareja y yo rompimos un año*

---

<sup>184</sup> En cuanto al gameto femenino, el mencionado art. 11.3 de la ley 14/2006, dice lo siguiente: “La crioconservación de *los ovocitos*, del tejido ovárico y de los preembriónes sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida”.

*después y mi deseo de ser madre quedó en mi latente, hasta que un día mi ginecóloga me animó a ser madre sola. Me informó de que mi hospital correspondiente, hospital B, no tenía banco de semen, pero si consulta de esterilidad; de forma que posiblemente me remiti-  
tirían al hospital C. También me aconsejó acudir mientras tanto a este último hospital para preguntar si realizaba el tratamiento a mujeres sin pareja, pues ella creía que no. Efectivamente, en dicho hospital me informaron que no era criterio del servicio realizar el tratamiento a mujeres infértiles sin pareja y me dieron una hoja informativa con los criterios de atención del servicio donde no se especifica nada sobre las mujeres solas con infertilidad irreversible.*

*Mi sentimiento de impotencia fue inmenso. Finalmente decidí acudir a una clínica privada donde el tratamiento de fecundación in vitro cuesta muy caro y así sucesivamente hasta por lo menos tres o cuatro intentos. He pedido un préstamo al banco y si el primer tratamiento fallara tendré que pedir más dinero.*

*Teniendo en cuenta que tengo 38 años y en la Seguridad Social sólo se realiza el tratamiento hasta los 40 años, ruego y espero atiendan mi reclamación lo antes posible.*

## **Caso II**

*Pongo en su conocimiento los siguientes hechos que considero en contra de mis derechos como paciente.*

*Me hicieron cuatro inseminaciones artificiales por un problema de infertilidad que padecía mi pareja con resultado negativo, pasando a lista de espera en el hospital A, en julio de 2006, sin noticias hasta el momento.*

*Me he dirigido a mi centro de salud enterada de que la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre reproducción asistida da derecho a las mujeres*

*solas a ser usuarias de estas técnicas, y habiendo terminado mi relación con la persona que me hizo las anteriores cuatro inseminaciones, se me deriva al hospital B donde se niegan a atenderme por estar dada de alta en ésta intervención, no considerando mi nueva situación del proceso en solitario.*

*Ante la negativa de este centro me pongo en contacto telefónico con el hospital A, donde me informan que falta un año para mi cita, pero la asistencia me será negada por cumplir los 40 años de edad antes de dicha cita, en la actualidad tengo 39, y que de cualquier manera debe acudir la persona con la que inicié el proceso de inseminación.*

*Me he dirigido a los organismos de atención al paciente, los cuales contestan aconsejando otros organismos de los que tampoco obtengo respuesta ni solución.*

*Le ruego la investigación de estos hechos y orientación sobre dónde debo dirigirme para solucionar el problema, pues considero que estos hechos son claramente denunciables: por una parte, no se me informó del límite de edad para la técnica FIV, dejando pasar el tiempo sin noticias, lo que ha provocado que no se pueda tomar decisiones por falta de esta información.*

*Por otra, no me han atendido en el centro de salud donde he sido derivada por mi especialista de zona basándose en un proceso anterior que nada tiene que ver con mi situación actual, dejándome en una grave desatención tanto sanitaria como administrativa, haciéndome perder un tiempo indispensable e irrecuperable en la maternidad que no podrá ser compensado de forma justa.*

El derecho de la reclamante está recogido en el artículo 6 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, correspondiente al sábado, 27 de mayo), que dice lo siguiente:

“Usuarias de las técnicas”.

“1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.”

Aunque la reclamante afirma (Caso I) “que no era criterio del Servicio realizar el tratamiento a mujeres infértiles sin pareja...”, no cabe pronunciamiento alguno al respecto, ya que no existe documentación que lo avale en los antecedentes remitidos. Lo razonable sería, antes de elaborar la respuesta, oír al Servicio de Ginecología para proceder en consecuencia.

El reconocimiento del derecho debe sujetarse en su aplicación a los criterios establecidos por los diferentes Servicios para la mejor utilización de los recursos. En concreto, parecen razonables y equitativos los que resultan de la lectura del escrito que el Jefe del Servicio de Ginecología del hospital C dirige a los pacientes, fechado el 23 de marzo de 2004 y que coinciden con los que se exponen en el párrafo siguiente.

Existe un criterio homogéneo, en esta materia que ahora se informa, para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud Español en técnicas de reproducción humana asistida. Dichos criterios fueron establecidos por el Grupo de Interés de Centros de Reproducción Humana Asistida del Sistema Nacional de Salud y publicados en la Revista Iberoamericana de Fertilidad (Volumen 19 – núm. 1 – Enero-Febrero 2002). Es recomendable, sin embargo, que se plasmen los criterios y formas de actuación en el correspondiente protocolo de acuerdo con lo dispuesto en la ley de ordenación de las profesiones sanitarias (artículo 4.7.b).

Las consideraciones anteriores, dada la analogía, son aplicables al Caso 2.

**Caso III. Utilización de semen crioconservado por el cónyuge superviviente como consecuencia de enfermedad previa del marido**

*Se trata de una pareja en la cual el esposo comienza a presentar problemas de salud. Una vez efectuadas las oportunas consultas y pruebas diagnósticas se llega al diagnóstico de que presenta un tumor retroperitoneal, cuyo tratamiento pasa por efectuar quimioterapia. Ante la posibilidad de quedar infértil, decide hacer uso de la criopreservación. La enfermedad sigue una evolución que lleva al fallecimiento del esposo.*

*Según la documentación que se aporta, la autorización firmada para criopreservación del semen incluye las siguientes especificaciones:*

- *Autoriza a la criopreservación y conservación de semen en el Banco del centro elegido.*
- *Indica que tiene conocimiento de en qué consiste la técnica y que a las preguntas por él formuladas se le da la correspondiente respuesta aclaratoria.*
- *Se compromete a seguir los pasos específicos que debe llevar a cabo una vez efectuada la congelación.*
- *Se compromete a notificar los cambios de filiación que ocurran respecto a los previamente recogidos.*
- *Autoriza al banco de semen a proceder a la destrucción de los eyaculados transcurrido el plazo fijado por la ley a contar desde la última criopreservación, salvo notificación en contrario.*

*En esta autorización para la crioconservación del semen no figura ningún apartado donde se hiciese constar, por parte del depositante del semen, una posible utilización del mencionado material si*

*ocurriese su fallecimiento, para que en el tiempo estipulado por la ley sobre técnicas de reproducción asistida, pudiese ser utilizado por su esposa. Si bien es cierto que este documento es más un consentimiento informado sobre las técnicas para crioconservación de semen que una declaración de intenciones.*

*Se plantea cuál es la forma más correcta de actuar.*

La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el artículo 9. “Premoriencia del marido”, en el punto 2 del mismo, indica:

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3 (consentimiento necesario del marido en el caso de la mujer casada), en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer...”

“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.

Por todo ello, teniendo en cuenta que el esposo no ha dejado expresado por escrito, en ningún documento de instrucciones previas, ni en testamento ni en escritura pública, su deseo de que una vez él fallecido pudiera su esposa utilizar el semen depositado en el banco de semen, no se tiene constancia fehaciente de que éste pudiera ser el deseo del fallecido. A lo más, lo que se deduce de la situación presente es que el esposo, en vida, deseaba mantener la posibilidad de ser padre, o dicho de otro modo, de ejercer el derecho a ser padre de uno o unos hijos con

su propio material reproductor, sin plantearse la posibilidad de que esto se llevase a cabo una vez fallecido.

En conclusión, documentalmente, por lo tanto, no existen los requisitos requeridos por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para poder ser empleado el material reproductor del esposo, una vez fallecido, para la inseminación. Todo ello sin perjuicio de que a través de un procedimiento judicial se pudieran exhibir documentos que acreditaran la voluntad del fallecido, en el sentido pretendido por su esposa.

### **3. ASISTENCIA DE PACIENTES DESPLAZADOS DE OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

#### **Caso I**

*Le ruego nos informen sobre la normativa referente a la asistencia de los pacientes que siendo de otras comunidades autónomas son atendidos de forma habitual en nuestras consultas de atención primaria y no están empadronados en Madrid. Estos usuarios no quieren empadronarse y nuestra duda es qué asistencia se les puede ofrecer: puntual y resolver el problema urgente o con las mismas posibilidades que los empadronados en Madrid (atención especializada, pruebas complementarias no urgentes, revisiones, bajas de incapacidad temporal, etc.).*

En principio, la libre circulación en el territorio nacional, junto con el derecho a la protección de la salud, permite a cualquier persona con derecho a la asistencia sanitaria recibir la atención correspondiente y necesaria para restablecer o recuperar la salud, tal y como resulta de nuestra Constitución, con independencia del lugar donde sea necesario prestarla.

No obstante, la configuración del Estado de las Autonomías establece unas reglas de juego que es necesario tener en cuenta, con la finalidad

de hacer frente a la financiación de cada uno de los servicios de salud, mediante la coordinación adecuada de todo el Sistema.

En el caso planteado, esto es, el de la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes desplazados de otras comunidades autónomas, el Real Decreto 120/2006, de 20 de octubre (por el que se regula la gestión del fondo de cohesión sanitaria), establece unas reglas específicas para la adecuada gestión y distribución de las compensaciones entre las mismas.

En concreto, en su artículo 4, se regula la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España, derivados entre comunidades autónomas, disponiendo lo siguiente:

“Queda excluida de la compensación por el fondo de cohesión sanitaria, la atención urgente que se solicita por el propio paciente de forma espontánea durante un desplazamiento a una comunidad autónoma distinta a la suya de residencia. Esta atención estará garantizada, en todo caso, por los dispositivos asistenciales del Sistema Nacional de Salud”.

Lo anterior quiere decir que sólo se compensa, con cargo a dicho fondo, la asistencia sanitaria prestada a pacientes derivados de una comunidad distinta de la de su residencia habitual, siempre que la atención sea solicitada por la comunidad autónoma de residencia cuando no disponga de los servicios o recursos adecuados (lo que no es el caso planteado).

En consecuencia, la cuestión suscitada se delimita en relación con la atención urgente. Ahora bien, la urgencia no debe ser entendida de una forma radical, tal y como en otras ocasiones se emplea por nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el reintegro de gastos prestados por asistencia sanitaria en los casos de urgencia vital). Por tanto, en el caso planteado, un paciente urgente no es otra cosa que una persona que necesita cuidados médicos inmediatos (además de los derivados de una urgencia vital, si tal fuera el caso), debiéndose prestar los mismos mientras sean tales a juicio del médico que tenga la responsabilidad

asistencial. Ahora bien, una vez que dicha fase haya terminado, sin ningún género de dudas, cualquier otro tipo de atención sanitaria que se solicite debe ser remitida a su lugar de origen o área correspondiente (recuérdese que se trata de personas no residentes en nuestra comunidad y que además no quieren empadronarse en la misma), pues así lo requiere, por un lado, la demarcación financiera que resulta de la configuración de los servicios de salud y, por otro lado, la planificación y delimitación de los recursos de los centros sanitarios correspondientes.

En conclusión, la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España, derivados entre comunidades autónomas, debe ser solicitada (oficialmente) por la comunidad autónoma de residencia, cuando no disponga de los servicios o recursos adecuados, siendo en este caso objeto de compensación.

Por el contrario, sin necesidad de dicha solicitud, debe garantizarse por cualquier centro sanitario español la atención urgente que se solicite de forma espontánea durante un desplazamiento a una comunidad autónoma distinta de la de residencia, entendiendo la mencionada asistencia urgente como aquella por virtud de la cual una persona necesita que se le presten cuidados médicos inmediatos y hasta donde el médico, encargado de los mismos, entienda que son precisos o necesarios en el tiempo.

#### **4. POSIBILIDAD DE ABANDONAR EL PUESTO DE TRABAJO POR NECESIDAD DE TENER QUE PRESTAR ASISTENCIA SANITARIA EXTERNA Y URGENTE**

##### **Caso I**

*Se solicita criterio sobre esta cuestión.*

Es un tema absolutamente debatido y sobre el que no puede emitirse un juicio taxativo sin analizar un supuesto de hecho concreto y específico, por lo que deben sentarse algunas bases previas para poder enjuiciar la cuestión.

Puede decirse genéricamente que la regla general sería, si clasificamos la asistencia en dos grandes bloques, centros periféricos no especializados (primaria) y centros hospitalarios, que en primaria debería tenderse a “salir” a prestar asistencia a demanda en la forma reglamentariamente establecida; mientras que, por el contrario, en los centros hospitalarios la regla general sería la de no abandonar el centro.

Hay que tener en cuenta la previsión eventual de la frecuentación que el médico sin duda conoce, la implicación posible en otra asistencia grave y urgente y las coordenadas jerárquicas correspondientes en cuanto a quién y cómo debe salir (admite, pues, excepciones, aunque muy cualificadas).

Si analizamos la cuestión desde el punto de vista de la urgencia en un centro hospitalario, es muy relevante la calificación de que el hecho se haya producido en las inmediaciones del mismo, término que realmente no cuantifica la distancia, pero que significaría que quien presta esa atención de urgencia es capaz de mantener el “control” de ambas situaciones, tanto la del centro del que ha salido, como la asistencia externa, por lo que la salida no sería considerada abandono. Por ello, como se ve, el fijar o no distancias que pudieran permitir la salida en un concreto radio de acción, fijado de antemano, es irrelevante además de arbitrario.

Otra cuestión a debatir es los medios técnicos con los que el facultativo que va a prestar la asistencia externa puede contar, puesto que, realmente, desconoce a ciencia cierta la situación de la que ha sido advertido, pudiendo por ello encontrarse presente en un acto sanitario para el que no está debidamente preparado.

Si hacemos ahora una digresión sobre la tipificación de los artículos 195 y 196 del Código penal vigente, vemos en el primero que el tipo se configura en una situación muy concreta al decir lo siguiente:

“El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros...”.

Establece, pues, la existencia de un peligro “manifiesto y grave”, que no exista “riesgo propio” lo que debería ponerse en relación con el comentario que nos incluye en la consulta, sobre la eventual circular recibida en ese centro en el que al parecer se dice que “la Agencia pública que coordina este dispositivo no se responsabiliza del personal”. Esto, evidentemente, no supone en modo alguno desamparo, puesto que el profesional sanitario, per se, por su especificidad y por sus normas éticas y deontológicas, estaría obligado, incluso, a soportar riesgos que otros ciudadanos no investidos de tal título académico rechazarían. No es necesario hacer ahora un análisis exhaustivo del artículo 196 del Código Penal, conocido doctrinalmente como “la omisión del deber de socorro sanitario”, que si bien regula específicamente el tema objeto de esta consulta, supone una determinada interpretación jurisprudencial en diversos de sus términos en cuanto a si existe un vínculo obligacional, o no, que no puede obviarse por la evidencia de la norma deontológica, o calificar efectivamente lo que supondría el abandono del servicio.

En conclusión, teniendo a la vista todo lo anterior, el médico deberá en cualquier caso efectuar un análisis de la situación que se le presenta, valorando: tipo de centro (primario u hospitalario), recursos humanos con los que cuenta (si está sólo o existen más médicos), inmediatez del hecho acontecido (valorando el “control” de ambas situaciones), y habiendo realizado en primer lugar una demanda de auxilio a los servicios que administrativamente están previstos para tales situaciones, por ejemplo, llamada al 112, del que podría obtenerse una respuesta en el sentido de que la prestación que van a realizar es inmediata, incluso más rápida que la del propio médico demandado, si bien el facultativo deberá estar en disposición, en todo caso, de abandonar el centro para prestar la asistencia solicitada.

**5. ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A DOS MENORES (14 Y 16 AÑOS)  
EN RELACIÓN CON LAS LESIONES ORIGINADAS EN EL CURSO DE UNA  
ACTUACIÓN POLICIAL**

**Caso I**

*Una mujer, madre de dos hijos de 16 y 14 años, formula una reclamación contra los médicos del centro de salud por la asistencia sanitaria prestada a los dos menores en relación con las lesiones originadas en el curso de una actuación policial.*

*La madre denuncia que los profesionales que reconocieron a los menores no solicitaron la presencia de los padres en los actos de exploración médica.*

*Además, entiende que no se aplicó el protocolo sanitario para la detección de malos tratos a menores.*

*Por último, termina afirmando que ha existido falta de diligencia y de rigor profesional, lo que ampara y dificulta la persecución de los presuntos delitos de torturas o malos tratos en sede policial o durante las detenciones, algo inaceptable por parte de un facultativo sanitario, ya que pone en serio riesgo la integridad física de los menores.*

Aunque no haya que dudar de la veracidad de los hechos descritos en la reclamación, hay que tener en cuenta que no hay ningún informe del centro sanitario correspondiente, esto es, no existe contraste sobre lo sucedido.

En la reclamación se afirma que el profesional que reconoció a los menores no tuvo la cautela de solicitar la presencia de los padres en los actos de exploración médica. Sobre este particular, hay que tener en cuenta que se desconoce, en primer lugar, si las heridas atendidas lo fueron de urgencia y, en segundo lugar, que, aunque se trate de menores de 18 años,

pueden ser considerados mayores de edad desde el punto de vista sanitario, ya que uno tenía 16 años (que es la mayoría de edad sanitaria) y el otro 14 (podría ser considerado un menor maduro, desde el punto de vista legal). Así lo establece el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Es decir, aunque es conveniente o razonable la presencia de los padres, no es necesariamente exigible desde el punto de vista normativo.

Acusa la reclamación la falta de aplicación del protocolo sanitario previsto para la detección de malos tratos a menores.

A este respecto hay que tener en cuenta, según manifestación propia del reclamante, que las heridas o lesiones se originaron en el curso de una actuación policial que, en principio, hay que presumir legítima. En otro caso, la queja deberá de dirigirse a la autoridad judicial, pero no a la autoridad sanitaria. En suma, no parece que el protocolo sanitario para la detección de malos tratos a menores deba ponerse en marcha con motivo de una actuación policial, que, en principio, hay que suponer proporcionada y ajustada a la ley, sin perjuicio de que se carezcan de los datos suficientes para conocer dicha actuación.

La queja pone de relieve determinadas irregularidades formales, en orden a la cumplimentación deficiente de los correspondientes informes clínicos.

Sobre este particular, a pesar de las deficiencias de legibilidad de la documentación aportada, se observa la inexistencia del número de colegiado, aunque siempre podría determinarse el médico que prestó la atención, pues se conoce el día y la letra es manuscrita.

Por último, no parece asumible el párrafo en el que se afirma que “con esta falta de diligencia y de rigor profesional, se ampara y dificulta

la persecución de los presuntos delitos de torturas o malos tratos en sede policial o durante las detenciones, algo inaceptable por parte de un facultativo sanitario, poniendo además en serio riesgo la integridad física de los menores”, ya que no está en línea con las observaciones que se han hecho anteriormente. Además, existe una denuncia planteada ante el Juzgado de Guardia de Madrid, contra los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que pudieran resultar responsables de dichas lesiones, medida, como ya se expuso anteriormente, ajena por completo a las consideraciones de salud y de atención sanitaria que se llevaron a cabo en el centro correspondiente.

## **6. VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **Caso I**

*Sobre si debe o no solicitarse permiso a la mujer para anotar en la historia clínica información relacionada con el proceso de violencia y sobre la posibilidad de que la mujer solicite expresamente que no quede reflejada en la historia clínica tal situación.*

Con carácter previo, conviene recordar que la violencia de género no es un problema que afecte exclusivamente al ámbito privado. Por el contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y tiene, por tanto, un evidente carácter público. Dicha violencia consiste, fundamentalmente, en una manifestación de las relaciones de poder, históricamente desiguales, entre mujeres y hombres.

La conciencia social en relación con esta lacra ha llevado a la sociedad a reaccionar mediante una respuesta de carácter global, que abarca todos los ámbitos necesarios para luchar contra ella (cultural, educativo, económico, civil, penal, asistencial, etc.). Se trata, además, de un asunto con repercusiones internacionales evidentes (programas internacionales

de la ONU sobre esta materia) y específicamente en el ámbito europeo (por ejemplo, los programas de tolerancia cero de 1999 y favorecedores del principio de igualdad de la Directiva 2002/73/CE).

España hace tiempo que se ha sumado a las iniciativas anteriores. Bastaría recordar, al respecto, el Código Penal de 1995; nuestra vigente ley de enjuiciamiento criminal; la ley orgánica de medidas concretas en materia de violencia doméstica (LO 11/2003); la ley reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que persigue la protección integral e inmediata (ley 27/2003); más modernamente, la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre); en fin, en la Comunidad de Madrid, la ley integral contra la violencia de género (ley 5/2005, de 20 de diciembre) y su Observatorio Regional de la Violencia de Género, que constituye un órgano integrador de las políticas (Decreto 256/2003).

Desde el punto de vista bioético, la consulta plantea un conflicto entre diversos valores, que deben ser tenidos en cuenta para enjuiciar debidamente la situación y su posible solución. En concreto, el valor seguridad versus el valor intimidad. Es evidente, de una parte, que el médico está obligado en su práctica asistencial a actuar de conformidad con la *lex artis*, a la que se añaden, en determinadas situaciones, las obligaciones impuestas por las leyes y que son, por eso mismo, ineludibles.

Por otra parte, los pacientes tienen derecho a mantener, con carácter general, la intimidad sobre las cuestiones de su devenir asistencial, ya que su difusión posterior podría ocasionarles perjuicios de diferente índole.

En cuanto a la primera cuestión expuesta (actuación conforme a la *lex artis*) el médico está obligado a realizar las anotaciones correspondientes en la historia clínica, no sólo para el correcto proceso asistencial, sino, además, para que surta los efectos de prueba que en su caso produzcan. Tal obligación se plasma, concretamente, en la ley de autonomía del paciente (artículo 2.6. de la Ley 41/2002) cuando establece

que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y documentación clínica”.

En consecuencia, no cabría que el paciente decidiera qué datos de los que manifiesta, o el médico obtiene en su exploración, son anotados o no, puesto que impediría la esencial función de la prestación asistencial. En otras palabras, es obligatoria la existencia de una historia clínica que contenga los datos, precisos y necesarios, para la correcta función asistencial que corresponde al facultativo médico, sin que pueda impedirlo el paciente.

Hay que tener en cuenta también las obligaciones que imponen a los médicos las leyes vigentes, que constituyen, obvio es decirlo, la expresión de la voluntad general de la sociedad y generan una ética de mínimos insoslayable para garantizar la normal convivencia. La citada ética de mínimos contiene unos valores básicos, pues en una sociedad democrática derivan de la mayoría de los ciudadanos.

Lo dicho tiene especial trascendencia en relación con la violencia de género. Debe tenerse en cuenta que dicha violencia ha pasado del ámbito privado al público, esto es, de ser un asunto que se desenvolvía en el ámbito doméstico a constituirse como uno de los problemas sociales más importantes contra los cuales ha de luchar toda la sociedad. Esto mismo ha sucedido con las denuncias sobre esta cuestión. Tradicionalmente, se mantenían, en general, bajo la formulación jurídica de delitos privados. Sin embargo, hoy, por decisión parlamentaria y legislativa, han dejado de ser tales, instándose a los diferentes agentes sociales a que participen en la erradicación de tales conductas. Es decir, han adquirido la condición de delito público, perseguible de oficio.

Una consecuencia de lo que se viene manifestando es que no sólo existe la obligación de anotación en la historia clínica, con o sin consentimiento de la paciente, sino que, además, existe para el médico una

doble obligación de comunicar tales hechos, según la escala que establece la propia ley:

- a. “Cuando el personal de los centros y servicios sociales, sanitarios y escolares tenga fundadas sospechas de situaciones de violencia o riesgo para las mujeres, deberá comunicarlo a los Puntos Municipales del Observatorio Regional de la Violencia de Género y al organismo competente en materia de mujer, siempre con el conocimiento de ésta...” (Artículo 7.2. de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral con la violencia de género de la Comunidad de Madrid).
- b. “Cuando se haya constatado o existan indicios fundados de estar ante una situación de violencia de género, las personas que desempeñan su trabajo como profesionales sanitarios.... deberán remitir de forma urgente los informes sanitarios de las lesiones físicas o psíquicas al Juzgado de Guardia y la Fiscalía” (Artículo 7.3. de la citada ley).

Se observará que hay una gradación normativa en las situaciones descritas, que comienza en la “fundada sospecha” y termina en la existencia de “indicios fundados” o la “constatación de la situación”.

Las razones por la que se ha llegado a la situación normativa actual son evidentes. Entre ellas, quizás convenga destacar que la violencia de género afecta a valores constitucionales de primera magnitud: la dignidad de las personas, la igualdad real y efectiva (Artículo 9.2. Constitución Española, en adelante CE); la igualdad de los sexos (Artículo 14 CE); el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que una persona pueda ser sometida a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes (Artículo 15 CE); la libertad y seguridad (Artículo 17 CE); por último, la intimidad personal y familiar (Artículo 18 CE).

Todo ello ha llevado a la Comunidad de Madrid (ley 5/2005) a establecer medidas de toda índole en su lucha contra la violencia de género:

medidas preventivas, coordinadas con el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de formación del personal, de investigación, estadísticas y medidas de asistencia integral y de protección. Se trata de romper el silencio, de manera que las mujeres maltratadas se reconozcan como víctimas, sin vergüenza, miedo o culpa y para ello es en el ámbito de la atención primaria donde se dan las condiciones más favorables para la detección y prevención, estableciéndose, al efecto, los protocolos adecuados. No se puede olvidar que el maltrato tiene amplia repercusión, no sólo en la salud de las mujeres sino también en el de sus hijas e hijos y que el registro de la fundada sospecha en la historia clínica puede servir como prueba judicial para erradicar la violencia.

En virtud de todo lo expuesto, puede afirmarse que la fundada sospecha de situación de violencia o riesgo, o la constatación o indicio fundado de estar ante este tipo de situaciones, deben comunicarse y efectuarse por el profesional sanitario. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que dicha comunicación al órganos judicial pudiera efectuarse por la propia víctima, cursando la correspondiente denuncia. Ahora bien, la valoración del momento adecuado para que, por parte del profesional sanitario, se efectúe la comunicación al órgano judicial merece, desde el punto de vista de esta Unidad de Bioética, las siguientes consideraciones:

- a. En determinados casos, puede ser oportuno, en aras a salvaguardar la vida o integridad física de la mujer, posponer momentáneamente la citada comunicación al órgano judicial.
- b. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la necesaria motivación y la constancia en la historia clínica, entendiéndose la citada demora como la mínima posible, con la finalidad de garantizar la seguridad de la mujer en los casos en que fuere necesario a juicio de los profesionales sanitarios (estos criterios son los establecidos por esta Unidad de Bioética en el informe evacuado el 12 de diciembre de 2006 con motivo de la Guía sobre “La violencia de pareja hacia las mujeres: Guía de actuación en atención primaria. Equipos y unidades de apoyo).

## 7. TRASPLANTE DE RIÑÓN

### Caso I

*Motivo de consulta: Paciente varón de 8 años y 6 meses de edad con insuficiencia renal terminal secundaria a glomeruloesclerosis segmentaria y focal con síndrome nefrótico corticorresistente, en tratamiento sustitutivo con diálisis peritoneal en seguimiento en el hospital B, remitido para valoración, como candidato a trasplante renal.*

*Antecedentes personales: Parto por cesárea. Peso recién nacido 3200 Kg. Talla: 50 cm. Lactancia materna: 8 meses. A partir de los 2 meses la madre nota que succiona con menos fuerza y no responde adecuadamente a estímulos, por lo que se remite al hospital B iniciando estudios en diferentes unidades y servicios, que se refieren a continuación.*

*Antecedentes familiares: Hermano varón fallecido con enfermedad similar a la del paciente. Hermana sana. Padres sanos, no consanguíneos.*

*Resumen de historia previa:*

*Función renal: En junio de 2003 se diagnostica de síndrome nefrótico corticorresistente secundario a glomeruloesclerosis focal y segmentaria, con biopsia renal en octubre de 2003. Resistente a tratamiento con corticoides, bolos de metilprednisolona, ciclofosfamida y ciclosporina.*

*Desde 2004, presenta insuficiencia renal crónica, iniciando el 19.05.04 diálisis peritoneal controlada en el hospital B. Actualmente, la pauta de diálisis peritoneal automática consiste en 7 ciclos de 800 cc con glucosa 1,5%, con 83 min. De permanencia + un pase diurno de 700 cc. No diuresis residual. Ha presentado 3 episodios de peritonitis en agosto de 2006, marzo de 2007 y abril de 2007.*

*Anemia bien controlada con suplementos orales de hierro + ácido fólico; eritropoyetina a dosis de 0,6 mcg/Kg/semana.*

*Buen control del metabolismo fosfocálcico con suplementos orales de calcio a dosis de 100 mg/Kg/día + Vitamina D.*

*No acidosis.*

*Buen control de metabolismo hidrosalino.*

*Neurológico: Presenta encefalopatía grave con retraso psicomotor profundo.*

*A los 2 meses de edad los padres notan que no atendía a estímulos visuales ni acústicos. Sostén cefálico a los 5 meses. No lenguaje referencial, emite sonidos guturales.*

*A los 8 meses de edad inicia estudio en el servicio de neuropediatría del hospital B. En la primera biopsia muscular, se objetiva alteración mitocondrial en la cadena respiratoria, con déficit de complejo III. El estudio genético buscando mutaciones en el citocromo B de la cadena respiratoria y en un gen de ensamblajes del complejo III de la cadena respiratoria, aportó resultados negativos. Sin embargo, una nueva biopsia muscular realizada en 2004, presenta resultados inespecíficos. La determinación de las enzimas de la cadena respiratoria, niveles de citrato sintetasa, complejo I, complejo III, complejo IV, muestran actividades normales. Resultados asimismo no concluyentes en el estudio de la coenzima Q10, realizado en 2 ocasiones. Se han estudiado también glicoproteínas deficientes en hidrato de carbono con resultado negativo. Pese a los resultados no concluyentes para enfermedad mitocondrial, el paciente, recibe tratamiento con carnitina y decorenone. (Coenzima Q10).*

*El 28.08.07, ha sido valorado por el servicio de neurología pediátrica del hospital A, objetivando tetraparesia espástica en el contexto de dicha encefalopatía.*

*Oftalmológico: Diagnóstico previo. Amaurosis congénita secundaria a atrofia óptica con aumento de pigmento anormal en la retina.*

*Ha sido valorado por el servicio de oftalmología infantil del hospital A, confirmándose dicha atrofia óptica bilateral, con pérdida de agudeza visual irrecuperable.*

*ORL: Diagnóstico previo: Hipoacusia mixta bilateral, más severa en el lado izquierdo. Ha sido valorado en el servicio de otorrinolaringología del hospital infantil A, realizándose otoscopia, imperanciometría y PEAT, emitiéndose el diagnóstico de hipoacusia leve con pérdida coclear leve bilateral.*

*Cardiológico: Al inicio de su seguimiento en el hospital B, presentaba hipertensión arterial con hipertrofia de ventrículo izquierdo + insuficiencia aórtica leve; actualmente, no precisa medicación para el control de la tensión arterial y los controles ecocardiográficos se han normalizado.*

*Ha sido valorado por el servicio de cardiología pediátrica del hospital A, objetivándose función sistólica y diastólica normales, tanto en ventrículo izquierdo como en ventrículo derecho, con presiones arteriales sistémicas y pulmonares normales.*

*Retraso ponderoestatural: Presenta importante retraso ponderoestatural que es seguido por la unidad de nutrición clínica del hospital B desde el año 2000. Previo a su inclusión en el programa de diálisis, recibía dieta normocalórica con restricción proteica + suplementación con dieta polimérica hipercalórica e hipoproteica mal tolerada. Desde su inclusión en el programa de diálisis peritoneal, se liberalizó*

*el aporte proteico, manteniendo una dieta habitual triturada, en la que se sustituye la leche por un preparado lácteo hipoproteico con bajo contenido en fósforo. Asimismo, recibe suplementos con un preparado hipercalórico. En el momento de iniciar la diálisis, el peso y la talla se encontraban por debajo del percentil 3, con masa muscular disminuida y escaso panículo adiposo. En octubre de 2007, continúa manteniendo severo déficit de peso y talla por debajo del percentil 3.*

*Ha sido valorado por la unidad de nutrición del hospital infantil A, donde se ha realizado somatometría y valoración del gasto, no pudiendo realizarse bioimperanciometría (ver informe).*

*Otros: Sub-luxación de cadera derecha.*

*Pruebas complementarias: Se han efectuado las pruebas que se han considerado convenientes (hemograma, bioquímica, equilibrio ácido base, grupo sanguíneo, tiraje, ecografía, estudio hematológico, trombofilia, serologías, test de Mantoux, calendario vacunal, cistografía, estudio de función renal, metabolismo fofocálcico y proteinuria.*

*Exploración física: Peso: 15 Kg (<p3) (-2,46 SD); talla 109 cm (<p3) (-3,4 SD). Buen estado general. Buen color de piel y mucosas, no exantemas, no petequias, no edemas. Auscultación cardiopulmonar: normal. Pulsos periféricos palpables. Abdomen blando, depresible, no masas ni megalias, no dolor. Neurológico: hipertonia espástica más acusada en miembros inferiores. Escaso contacto con el medio, parece responder a estímulo sonoros y táctiles, emite sonidos, no sílabas ni palabras. No mantiene sedestación ni bipedestación. Pupilas isocóricas y normorreactivas, no fija la mirada. Tanner I. Teste derecho en ascensor.*

*Juicio clínico: Insuficiencia renal terminal secundaria a glomeruloesclerosis focal y segmentaria con síndrome nefrótico corticorresistente. Actualmente en tratamiento sustitutivo con diálisis peritoneal.*

*Encefalopatía severa en probable relación con su enfermedad de base. Amaurosis congénita con atrofia de papila bilateral. Hipoacusia leve bilateral. Retraso ponderoestatural severo. Subluxación de cadera derecha.*

*Tratamiento: El pautado por el servicio de nefrología del hospital infantil B.*

*Valoración de inclusión en lista de espera de trasplante renal: Se ha valorado de nuevo la posible inclusión del paciente, en lista de espera de trasplante renal. Tal como se refleja en el informe, ha sido estudiado en el servicio de nefrología infantil, neurología infantil, oftalmología infantil, otorrinolaringología infantil, cardiología infantil, urología infantil y nutrición infantil. Los resultados son similares a los de la valoración realizada en el año 2004, por los distintos servicios del hospital B.*

*El paciente presenta una situación de buen control metabólico de la insuficiencia renal crónica gracias al tratamiento sustitutivo con diálisis peritoneal, precisando un mínimo de medicación oral.*

*El trasplante renal en un paciente con encefalopatía severa, que condiciona una situación de inmovilidad (no sedestación, no bipedestación, no deambulación), sumada a la severidad de su retraso ponderoestatural implica:*

- Incremento en la morbimortalidad del post-trasplante renal: hemorragia, trombosis, linfocele, dificultad de cicatrización, complicaciones infecciosas secundarias al tratamiento inmunosupresor...*
- El tratamiento inmunosupresor con anticalcineurínicos, implica riesgo de complicaciones neurológicas, mayor en un paciente con daño cerebral previo.*
- A largo plazo, la medicación inmunosupresora supone un riesgo de complicaciones osteoarticulares, hipertensión arterial,*

*intolerancia a la glucosa o diabetes. Y riesgo de desarrollar procesos linfoproliferativos y otro tipo de tumores.*

- *El trasplante renal y su seguimiento evolutivo supone una instrumentalización analítica (diaria, semanal, quincenal y mensual) según el protocolo del trasplante y de pruebas de imagen.*

*La enfermedad renal de base del paciente (glomeruloesclerosis focal y segmentaria), tiene un riesgo de recidiva superior al 50%. La aparición de dicha recidiva implicaría aumentar terapias inmunomoduladoras, lo cual incrementaría el riesgo tanto de infecciones como de aparición de tumores, sin contar con la posibilidad de pérdida precoz de injerto. El manejo del síndrome nefrótico corticorresistente en el postrasplante inmediato de un paciente en esta situación, implica riesgos de mortalidad y morbilidad mayores.*

*Por todo lo expuesto, consideramos que no existe indicación médica para incluir al niño en lista de espera de trasplante renal.*

Del meditado y exhaustivo informe remitido por el hospital A, se desprende, con claridad, que se ha valorado “ad nauseam” la posible inclusión del paciente y niño en lista de espera de trasplante renal, estudiado por los servicios de nefrología infantil, neurología infantil, oftalmología infantil, otorrinolaringología infantil, cardiología infantil, urología infantil y nutrición infantil, con resultados similares a los de la valoración realizada en el año 2004 por los distintos servicios del hospital B.

Las consideraciones médicas correspondientes concluyen, y dan como resultado final, que no existe indicación médica para incluirle en lista de espera de trasplante renal.

Y sobre tales conclusiones debe partir el correspondiente informe bioético.

La importancia de las cuestiones éticas que puede generar el trasplante de órganos ha llevado, al más alto nivel, a la emisión de documentos de consenso que sirvan de guía y orientación a los profesionales sanitarios en la toma de las decisiones correspondientes. En particular, por lo que ahora interesa, hay que citar el documento de consenso que emitió la Comisión Permanente sobre Trasplante de Órganos y Tejidos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo (Revista Española de Trasplantes, vol. 2 - Extraordinario I/junio 1993), que en el punto 10 de consenso, estableció lo siguiente:

“10. Distribución de los órganos. Los criterios de distribución deben ser públicos y susceptibles de ser verificados, así como los principios de justicia distributiva y equidad presidirán el reparto de todos los órganos obtenidos para trasplante.

Bajo este principio general, que excluye cualquier consideración no equitativa de índole geográfica, racial, sexual, religiosa, de edad, etc. debe procederse a repartir los órganos, basándose en criterios exclusivamente médicos, buscando la más idónea adecuación órgano donado/receptor de este órgano. En base a hacer real el acceso equitativo de los pacientes, se realizará una única adscripción a la lista de espera.

Se utilizarán como principales criterios médicos:

- Necesidad médica del receptor.
  - Probabilidad de éxito del trasplante.
- Siempre de acuerdo con los conocimientos científicos vigentes en cada momento.

El profesional sanitario que lleve a cabo la selección del receptor deberá estar siempre en disposición de justificarla...”.

Obvio es decir que las circunstancias fundamentales requeridas en el texto entrecomillado (necesidad médica del receptor, probabilidad de

éxito del trasplante, conocimientos científico-sanitarios y justificación) se han valorado correctamente en el caso presente.

La ética principialista tiene, pues, una clara aplicación en el supuesto contemplado. Según el principio de beneficencia (combinado con el de no maleficencia), los beneficios derivados de la aplicación de una tecnología o procedimiento deben ser superiores a sus riesgos. En otras palabras, si los riesgos son mayores que los beneficios no debe llevarse a cabo la intervención correspondiente. En este principio ético el decisor es el médico, que conoce el balance entre riesgo y beneficio, y que actúa con honradez y lealtad en favor del paciente, por lo que su criterio debe ser respetado, sin olvidar el principio de justicia, que debe evitar la utilización de recursos innecesarios y mantener una ética coherente de los costes.

Los valores de la Constitución Española están en línea con lo apuntado anteriormente. En materia de trasplante derivan directamente de la dignidad humana y abarcan la seguridad, libertad, igualdad y solidaridad. Son condiciones morales o de justicia que el derecho debe realizar para hacer posible la máxima expresión de la dignidad.

El valor seguridad jurídica exige que los trasplantes de órganos se realicen en condiciones de certeza, de manera que se establezcan con claridad los derechos y deberes de las partes, desprendiéndose de dicha exigencia que es necesaria la intervención de una regulación jurídica que suponga terceros imparciales, y que legisle y juzgue los conflictos.

El valor igualdad debe garantizar varias dimensiones en la regulación jurídica del trasplante de órganos. Por ejemplo, la no discriminación (por razón de raza, edad, riqueza, sexo, religión u otras) en la distribución equitativa de los órganos disponibles para trasplante. Esto es, igualdad como equiparación, que no impide que se deban tener en cuenta como criterios de distribución, complementariamente, argumentos de igualdad como diferenciación, es decir, la aceptación de que la contemplación de hechos diferentes no rompen sino que refuerzan el

principio de igualdad (tal y como ocurre en el caso presente, en el que no se puede llevar a cabo el trasplante al faltar la indicación médica correspondiente, en atención a las especiales circunstancias del paciente).

Nuestro Derecho positivo (Ley 27-10-1979, sobre extracción y trasplantes de órganos, y Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos) confirma los principios anteriormente expuestos.

En concreto (artículos 4 y 15, puntos 1 y 4 del Reglamento), establece que la extracción de órganos humanos procedentes de donantes vivos o de fallecidos se realizará con finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor; exige, para autorizar el trasplante, centros autorizados en los que se lleve a cabo los correspondientes estudios que sean técnicamente apropiados al tipo de trasplante del que se trate en cada caso (lo que aquí se ha hecho exhaustivamente); por último, requiere que el responsable de la unidad médica o quirúrgica, en la que haya de realizarse el trasplante, dé su conformidad solo en el caso de que existan perspectivas fundadas de mejorar sustancialmente el pronóstico vital o las condiciones de vida del receptor.

En conclusión, entendemos que el informe emitido se ajusta a los principios éticos y jurídicos que son de aplicación al caso concreto.

## **8. CAMBIO DE NOMBRE EN LA HISTORIA CLÍNICA POR CAMBIO DE SEXO**

Sobre la cuestión expuesta incide la ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>185</sup>. La citada ley

---

<sup>185</sup> Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, contemplando también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.

Ahora bien, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se tiene que llevar a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil.

La norma establece que la rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género, que debe justificarse mediante informe de médico o psicólogo clínico y que tiene que hacer referencia a dos extremos: a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia; además, debe evaluar la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

No basta sin embargo con el diagnóstico de disforia de género, ya que es preciso que la persona haya sido tratada medicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado y la acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe médico o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

Sin embargo, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de la persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Una vez que se hayan cumplido los requisitos anteriores, la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral de sexo tendrá efectos

constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición<sup>186</sup>.

## Caso I

*Tenemos la solicitud de un cambio de nombre en la historia clínica de una paciente, con motivo de que ha cambiado de sexo y ahora es un varón. Nos planteamos la decisión de si cambiar toda la historia, abrir una historia clínica nueva, o sólo cambiar el nombre de los nuevos episodios, haciendo los oportunos cambios informáticos.*

El caso planteado sugiere una serie de cuestiones de indudable importancia en el ámbito bioético. Tal es el caso de la necesaria garantía del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas, cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas y, en relación con la historia clínica, garantizar su seguridad, su correcta conservación, la recuperación de la información, la autenticidad de su contenido y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura.

El cambio de nombre se dirige a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general.

Desde un punto de vista normativo es preciso considerar las siguientes disposiciones:

A) La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que especifica, en su artículo 4, los requisitos para acordar la rectificación y, el artículo 5 que determina los efectos:

---

<sup>186</sup> Artículos 4 y 5 de la ley 3/2007, ya citada.

- La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.
- La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.
- El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

B) La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 14 dispone lo siguiente:

“1. La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro”.

“2. Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información”.

“3. Las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura”.

“4. Las Comunidades Autónomas aprobarán las disposiciones necesarias para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental”.

Por lo expuesto, y una vez verificado y acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en la citada ley 3/2007 respecto a la inscripción registral,

y al objeto de garantizar a la persona el ejercicio de todos los derechos inherentes a su nueva condición, debe dejarse la oportuna constancia en la historia clínica. Por otra parte, y dado que la ley 3/2007 no posee efectos retroactivos, debería cambiarse el nombre de los nuevos episodios y, por último, con la finalidad de cumplir las disposiciones de la ley 41/2002 citada anteriormente, establecer un sistema de enlace entre las dos situaciones que garantice la recuperación de la información.

## 9. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia consiste, en síntesis, en la negativa de una persona, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o de una resolución administrativa<sup>187</sup>.

Se suele distinguir entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil, por entender que ésta última es una insumisión política al Derecho

---

<sup>187</sup> ABELLÁN, F.; ANTEQUERA VINAGRE, J.M.; GARCÍA GARCÍA, R.; LARIOS RISCO, D.; MARTÍN SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ CARO, J. *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. Editorial Comares. Granada 2008. NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho Español y Comparado*, MC. GRAW-HILL, Madrid, 1997, pp. 12-15. Los autores distinguen entre objeción de conciencia *secundum legem* (cuando la ley dispensa al sujeto para la acción, o le confiere una alternativa, como son los casos de aborto y, hasta hace algún tiempo, del servicio militar), y opción de conciencia *contra legem*, que consistiría en actuaciones delictuosas o, al menos, contravenciones de la norma legal forzadas por la propia conciencia, pero sin respaldo normativo; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Bioética y libertad religiosa”, en la obra *Bioética, religión y derecho. (Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2005, pp. 231 y ss; CASADO, M y CORCOY, M (Coords), *Documento sobre objeción de conciencia en Sanidad*. Observatori de Bioètica i Dret. Parc Científic de Barcelona. Barcelona, Noviembre de 2007.

dirigida a presionar para que se adopte una cierta decisión legislativa, mientras que la primera es el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones.

Sin embargo, a veces, las fronteras entre una figura y otra pueden ser difusas, desde el momento en que la objeción de conciencia constituye un rechazo moral a participar en ciertos actos debido a la incompatibilidad de los valores de una persona con los de la mayoría de los ciudadanos, que en las sociedades democráticas suelen estar reflejados en las leyes aprobadas por los parlamentos. En tal sentido se habla de la objeción de conciencia como una desobediencia individual a la ley, a su aplicación concreta, abierta y pública, no violenta, que acepta las consecuencias personales derivadas de la misma<sup>188</sup>.

A pesar de todo, puede decirse que las notas básicas de la desobediencia civil serían las derivadas de su carácter político y colectivo, mientras que las de la objeción de conciencia consistirían en su naturaleza individual, ética y de conciencia.

La objeción de conciencia no está reconocida en ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque existen diversas declaraciones y recomendaciones de organismos internacionales y de asociaciones profesionales supranacionales, que reconocen a los profesionales sanitarios la posibilidad de negarse a la realización de determinadas prestaciones contrarias a su conciencia. Sin embargo, carecen de una obligatoriedad jurídica en sentido estricto<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> ALTA CHARO JD. “The celestial fire of conscience – Refusing to deliver care”. *N Eng J Med* 2005; 352: 2471-2473, citado por MARTÍNEZ, K., en su trabajo *Medicina y objeción de conciencia*. [www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol30/n2/revis1.html](http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol30/n2/revis1.html)

<sup>189</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., op.cit donde pueden consultarse.

Especialmente interesante es la construcción doctrinal realizada por la jurisprudencia norteamericana, que se apoya en una serie de principios, el primero de los cuales es el del respeto del derecho al libre ejercicio de la religión, cimentado sobre la base de que mientras la libertad de creer es absoluta, la libertad de comportamiento según las creencias es relativa y limitable por el poder público mediante una ponderación que determine, en cada caso, cual de los intereses en juego debe predominar sobre el otro: el derecho al libre comportamiento religioso o el interés público afectado<sup>190</sup>.

### **9.1. La tensión originada por la objeción de conciencia sanitaria**

La tensión que origina la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios no es otra cosa que un aspecto concreto del problema conceptual generado por el conflicto entre el deber moral y el deber jurídico<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> ARMENTEROS CHAPARRO, JC. *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*. Colex, 1997, pp. 25-67. Los otros principios de la jurisprudencia norteamericana serían: el derecho de los padres sobre la educación y modo de vida de sus hijos menores (susceptible de sufrir la intervención del Estado), el derecho a la intimidad familiar o marital, y el derecho sobre el propio cuerpo, que comporta la ilegitimidad de cualquier intervención médica sobre el cuerpo de un adulto sin el consentimiento de éste.

V. también sobre este asunto, GALÁN CORTES, JC, “El consentimiento informado y la objeción de conciencia a los tratamientos médicos”, dentro de su obra *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Civitas, 2001, pp. 248-250. En la misma se comenta, entre otros el caso Matter of Melideo 390 NYS, 2d., 523, de la Corte Suprema de Nueva York (1976), en el que la Sra. Melideo, casada, de 23 años, que sufrió una hemorragia uterina a consecuencia de una operación, y que tenía necesidad vital de ser transfundida, se negó a ello por motivos religiosos.

<sup>191</sup> SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLAN, F. *Enfermería y paciente. Cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*. Comares, Granada 2007. En particular, las páginas 20 y ss., donde se estudian las relaciones entre la moral y el derecho.

El conflicto se produce entre el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones establecidas legalmente. Una forma de solventarlo consiste en que los poderes públicos arbitren mecanismos y sistemas que posibiliten el ejercicio de ambos derechos. Sin embargo, en la práctica esto no es sencillo, debido a la complejidad existente en los centros sanitarios y a la necesaria actuación en equipo.

Además, hay que añadir que la objeción de conciencia sanitaria no cuenta en el ordenamiento jurídico español con una regulación específica, lo que impide que la formulación de la misma se produzca a través de unos cauces ordenados previamente, evitándose su invocación extensa, intempestiva o irregular, hasta el punto de que algunos autores entienden que ha llegado la hora de regular la manera de efectuar la declaración de objeción mediante un documento que recoja de forma explícita a qué prácticas concretas afecta la objeción y, consecuentemente, dejando constancia clara de si el sujeto invoca la objeción de conciencia, con la finalidad de organizar la atención de los usuarios. Más aún, se propone el registro de la misma en cada institución, con las garantías establecidas en las normas de protección de datos<sup>192</sup>.

La tensión originada por la formulación de la objeción de conciencia sanitaria puede afectar al principio de igualdad, desde el momento en que todos los usuarios tienen derecho a recibir las prestaciones establecidas,

---

<sup>192</sup> CASADO, M y CORCOY, M (Coords) op.cit.

No obstante, la Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial no ve con buenos ojos la medida de incluir un registro de objetores al aborto y destaca el reconocimiento de este derecho mediante un proceso de validación por los colegios, entendiéndose que, de lo contrario, se dejaría en manos políticas. Según Rogelio ALTI-SENT, Presidente de la Comisión Deontológica (Diario Médico correspondiente al miércoles, 5 de marzo de 2008) “El médico objetor debe comunicarlo también a la institución sanitaria donde trabaja, pero no vemos claro que existan listas manejadas por el poder político, lo cual sería legalmente discutible”.

por lo que parece razonable entender que en ningún caso aquella puede entenderse como un derecho absoluto, al margen de las consecuencias que para los terceros puede originar su invocación.

Puede decirse que la objeción de conciencia presenta varios riesgos: el enmascaramiento a través de ella de motivos espurios (por ejemplo, el interés propio); la banalización, apelando a la supuesta conciencia de manera trivial; en fin, la intransigencia, de manera que la propia conciencia se configure como la única conciencia en el mundo.

Para evitar los riesgos la objeción debe satisfacer determinadas condiciones: el objetor debe tener las condiciones que afirma tener, esto es, debe estar basada en la honestidad y tiene que ser consistente con otras decisiones morales que el objetor adopta habitualmente; debe haber una declaración explícita que permita establecer las condiciones y requisitos para ejercerla, con la finalidad de organizar debidamente la atención en los centros sanitarios; deben establecerse alternativas razonables al daño que pueda provocar la objeción; por último, no tiene cabida cuando se conoce de forma inequívoca la voluntad del paciente de no ser tratado, pues ningún profesional puede interferir por razones de conciencia en la libertad de terceros, salvo los casos establecidos en la ley.

La tensión originada por la formulación de la objeción de conciencia puede generar situaciones conflictivas no sólo entre el objetor y el solicitante de asistencia. También entre el objetor y sus colegas; entre el objetor y su superior jerárquico; entre el jefe objetor y los demás miembros directivos de la institución sanitaria; finalmente, entre los gestores y los políticos.

Para solucionar el conflicto se han propuesto varios modelos<sup>193</sup>. El modelo de contrato que obliga al profesional sanitario, al inicio de la

---

<sup>193</sup> DRESSER, R. "Professionals, conformity, and conscience". *Hastings Cent Rep* 2005; 35: 9-10. Citado por MARTÍNEZ, K., op .cit.

relación clínica, a hacer pública su condición de objetor para que las personas necesitadas de sus servicios puedan acudir a otro profesional (este modelo no funciona en el caso de las urgencias ni en el caso de que no existan otros profesionales sanitarios que puedan prestar la atención necesaria); el modelo de remisión, que obliga a los profesionales sanitarios a remitir al paciente a quien esté dispuesto a prestar la atención correspondiente (comparte los problemas del modelo anterior y puede ser inaceptable para quien juzgue el acto de remitir al paciente a otro profesional sanitario como una complicidad en el mal); el modelo de la inaceptabilidad de la objeción de conciencia en los profesionales sanitarios (no es admisible porque implica la destrucción de la posibilidad misma de objetar); el modelo de justificación (el objetor debe justificar y defender su oposición a realizar determinados actos); por último, el modelo de compromiso entre las convicciones y creencias profesionales y los intereses de los pacientes.

En resumen, se puede afirmar que resulta éticamente necesario reconocer no sólo la protección de los profesionales sanitarios objetores, sino también la protección de las consecuencias de la objeción de conciencia en los pacientes, desde el momento en que el conflicto se da entre el derecho de una persona que no quiere participar en actividades que hieren su moral y el derecho de la colectividad a las prestaciones y servicios médicos o sanitarios aprobados socialmente.

## **Caso I**

*¿Están obligados los médicos a llevar a cabo la vasectomía en personas menores de 35 años? ¿Para el caso de que estuvieran obligados, pueden objetar de conciencia?*

El caso planteado sugiere una serie de cuestiones de indudable importancia en el ámbito bioético.

En primer lugar, se trata de llevar a cabo actuaciones de la llamada medicina voluntaria, o no curativa, esto es, sin una indicación terapéutica

concreta o, si se quiere, de la también conocida como medicina satisfactiva. Este supuesto requiere, en consecuencia, un mayor grado de información que las indicaciones terapéuticas de la medicina estandarizada. De otra manera, se puede decir que la legitimación del médico para actuar sobre el cuerpo del paciente está menos justificada cuando la premisa de la actuación esta encaminada a intervenciones no derivadas de patologías subyacentes. Más aún, en el caso sometido a consulta se puede afirmar que la información debe ser exhaustiva, dadas las importantes consecuencias que va a tener para la vida de una persona y la difícil reversibilidad de su integridad física total en el ámbito concreto que es objeto de la intervención.

En segundo lugar, conviene hacer referencia, desde el punto de vista teórico, a la posible objeción de conciencia por parte del médico, ya que lo que se produce es la esterilidad de una persona y en cuanto tal puede contravenir principios ideológicos, religiosos, o ético-profesionales de aquellos que están llamados a practicar la mencionada intervención. Sobre este particular, hay que tener en cuenta que los términos de la admisibilidad de la intervención en nuestro Derecho (y a los que hacemos referencia a continuación) están basados en el buen sentido y permiten llegar a un acuerdo razonable que salvaguarde las convicciones de todos los implicados en el proceso quirúrgico. Lo anterior no significa que la objeción de conciencia no tenga aquí cabida, sino que razonablemente no debiera plantearse como consecuencia de la implantación del correspondiente protocolo, ya que es posible tener en cuenta los motivos que conducen a la objeción en el momento de confeccionar el mismo.

Desde el punto de vista normativo hay que partir del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que en su Anexo III (Cartera de servicios comunes de atención especializada), punto 5, apartado 5.3.7.3, establece:

Indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos:

“la realización de ligaduras de trompas y de vasectomías, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud, excluida la reversión de ambas”.

Por tanto, en primer lugar habrá que seguir las indicaciones de los protocolos de los servicios de salud. A falta de ellos, serían de referencia los elaborados por las sociedades científicas, y en último extremo aquellos diseñados por los propios centros sanitarios o servicios de que se trate.

Con independencia de lo anterior, sería recomendable que dicho protocolo, en el caso de los centros sanitarios o servicios determinados, fuera informado por el Comité de Ética correspondiente, siempre que sea posible, pues una de las funciones de dichos Comités, según al artículo 3.1.d del Decreto 61/2003, de 8 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, de funcionamiento y la acreditación de los Comités de Ética para la Asistencia Sanitaria y se crean y regulan la Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria y el Comité Asesor de Bioética de la Comunidad de Madrid, es proponer a la institución u organización protocolos de actuación para aquellas situaciones que, por su mayor frecuencia o gravedad, generen conflictos éticos en el ámbito de su actuación.

Por lo tanto, es evidente que existe un criterio normativo para la realización de este procedimiento; todo ello sin perjuicio de que, frente a un caso concreto, pudiera plantearse una objeción de conciencia profesional debidamente motivada.

## **10. SALUD MENTAL Y PSIQUIATRÍA**

El ámbito de la salud mental y de la psiquiatría reúne una serie de características propias que al menos afectan, de modo especial, a la forma en que se obtiene, o se puede obtener, el consentimiento informado, y a la extraordinaria importancia que adquiere el derecho a la intimidad, a la confidencialidad y al secreto (profesional y médico). Son también muy

importantes en este área específica algunas otras cuestiones, como las relativas a los internamientos, al suicidio y a la asistencia psicológica o psiquiátrica de los menores.

### **10.1. El consentimiento informado en psiquiatría**

Los tres elementos más clásicos del consentimiento informado, información adecuada, voluntariedad para decidir y capacidad para comprender y decidir, son de difícil aplicación en Psiquiatría<sup>194</sup>. El problema fundamental radica en que la enfermedad psíquica afecta a menudo, no siempre, a la autonomía psicológica del paciente, privándole parcial o totalmente de su capacidad para tomar decisiones en lo que concierne a su salud.

La evaluación de la capacidad de decisión(o capacidad decisoria) es, por tanto, el aspecto más controvertido del consentimiento informado en Psiquiatría. Pero el mero hecho de presentar un trastorno mental no implica la falta de capacidad para tomar decisiones, ni incluso que la habilidad para tomar una decisión particular se encuentre alterada. Aceptar esto sería estigmatizar injustamente a la gente, ya que muchas personas que sufren trastornos mentales son capaces de tomar decisiones por ellas mismas, incluyendo su participación en el tratamiento o en una investigación. Una de las cuestiones más importantes que se

---

<sup>194</sup> Sobre el desarrollo de la teoría del consentimiento informado en EE.UU. y en España, así como sobre las relaciones entre el Consentimiento Informado y la Psiquiatría, V. SÁNCHEZ-CARO, Jesús y SÁNCHEZ-CARO, Javier, *Consentimiento informado y psiquiatría*, Ed. MAPFRE, Madrid, 1998 y, posteriormente, *El consentimiento informado en psiquiatría*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2002. V. también, SÁNCHEZ-CARO, Jesús “El consentimiento informado en psiquiatría: una revisión”, *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología*, nº 9, septiembre de 1999, pp. 7-17, y Jesús SÁNCHEZ-CARO y Javier SÁNCHEZ-CARO, “Consentimiento informado”, en *Psiquiatría y Ley*, coordinado por OTERO PÉREZ, F.J., Ed. EDIMSA, Madrid, 2008, pp. 189-2004.

plantean es la de seleccionar los criterios para su determinación o las condiciones que se requieren para ser considerado capaz. Los criterios utilizados en Medicina y en Derecho para el estudio de la capacidad tienden a destacar habilidades o aptitudes mentales muy relacionadas con las características de la persona autónoma, como las habilidades cognitivas y la independencia de juicio o criterio. Así, los criterios de capacidad se han agrupado en relación con algunas habilidades para comprender y procesar la información, y para razonar sobre las consecuencias de una acción. En general, en el contexto biomédico una persona suele ser considerada capaz si puede comprender un tratamiento o una investigación, razonar sobre los principales riesgos y beneficios, y tomar una decisión de acuerdo con sus razonamientos.

Los criterios legales empleados tradicionalmente en España para evaluar la capacidad penal o civil, son básicamente los mismos, uno de tipo cognitivo (conocimiento y conciencia de lo que se hace) y otro de tipo volitivo (libre albedrío para decidir). En EE.UU. los más utilizados habitualmente son: comunicar una decisión (elegir), comprender la información recibida para tomar la decisión, razonar sobre el riesgo o beneficio que entrañan las diversas opciones, y apreciar el significado que la información tiene para su posible tratamiento y evolución. Se aplican uno u otro, o varios a la vez, según el criterio del juez. Por su parte, el médico tiene que considerar en la evaluación clínica las diversas circunstancias o problemas que influyen y utilizar algunos de los test, cuestionarios y protocolos de determinación que se han propuesto.

También son difíciles de considerar los otros dos elementos básicos del consentimiento informado, la información y la voluntariedad.

La doctrina exige que al individuo adulto y capaz se le informe de la naturaleza de su enfermedad, de las alternativas al tratamiento y de sus efectos adversos, pero que también se le de a elegir entre dichos tratamientos. La dificultad práctica surge porque los psiquiatras difieren sobre la eficacia de los tratamientos alternativos en general y sobre su conveniencia

para un paciente en particular. Existen también otras dificultades, como la de informar a un paciente esquizofrénico que tiene alteradas precisamente sus funciones cognitivas. En estos casos suele ser necesario informar a los familiares o allegados de la enfermedad del paciente y del tratamiento a seguir. En una ocasión, nuestro Tribunal Supremo declaró la responsabilidad de un psiquiatra por no informar adecuadamente a los padres de un paciente esquizofrénico paranoide, que causó la muerte a tres niños e hirió gravemente a otra persona con una pistola propiedad de su padre. El alto tribunal dejó establecido que: “Si en algún caso hay obligación de informar es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conllevan, y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse si, quien puede, no informa”<sup>195</sup>.

El respeto a la voluntariedad también es muy difícil, dada la posibilidad de utilizar sutilmente el conocimiento que se tiene de la transferencia para manipular al paciente y hacerle seguir un determinado tratamiento.

#### 10.1.1. *Aplicaciones prácticas*

La terapia electroconvulsiva (TEC) es indiscutiblemente uno de los tratamientos psiquiátricos más efectivos y en ocasiones el único tratamiento disponible. El hecho de tener que realizarse bajo anestesia general y de que su uso pueda estar asociado a complicaciones médicas y a una cierta pérdida de memoria, obliga al médico a informar adecuadamente al paciente. Pero el proceso de información resulta a veces difícil, por la grave enfermedad mental que padecen los pacientes a los que se les aplica y por la propia complejidad del tratamiento. Además, el problema se complica por la habitual pérdida de memoria en el periodo de tiempo más próximo al tratamiento<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Sentencia del 5 de marzo de 1997. Sala de lo Civil. Tribunal Supremo.

<sup>196</sup> Sobre el consentimiento informado para la TEC, V. SÁNCHEZ-CARO, Jesús, SÁNCHEZ-CARO, Javier, “El consentimiento informado en la terapia electroconvulsiva”,

El interés del consentimiento informado para los medicamentos psiquiátricos se ha centrado casi exclusivamente en los antipsicóticos, debido a que los efectos adversos que producen son muy frecuentes y a veces graves. El mayor protagonismo lo ha alcanzado la discinesia tardía. Se ha considerado que de un 20% a un 30% de los pacientes esquizofrénicos que reciben tratamiento de forma continuada con antipsicóticos clásicos, corren el riesgo de desarrollarla, a veces con carácter irreversible, por lo que deberán ser informados de ello en un momento determinado del tratamiento. Las mayores dificultades se suelen plantear en los enfermos psicóticos agudos, en los que la información sobre los efectos adversos, al menos en un primer momento, puede tener consecuencias negativas e incluso empeorar la enfermedad. Es el caso del paciente que interpreta de forma delirante lo que le está sucediendo y que puede incluir dentro de su delirio todo lo relativo a la medicación. Por todo ello, el psiquiatra debe elegir cuidadosamente el momento adecuado, de acuerdo con el estado clínico del paciente y la solidez de su alianza terapéutica, para informarle del riesgo de la discinesia tardía y de los otros posibles efectos adversos. Siempre será muy útil conseguir la colaboración de la familia en este proceso<sup>197</sup>.

---

en el *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, Ed. Mapfre, 1998. Y de los mismos autores: "Informed consent and electroconvulsive therapy", en *Psychiatry in the Three Ages of Man*, World Psychiatric Association, Regional Meeting in the Mediterranean Area, Rome, Italy, 1997.

<sup>197</sup> Sobre la abundante bibliografía al respecto, V. *Tardive Dyskinesia: A Task Force Report of the American Psychiatric Association*, Washington, DC: American Psychiatric Association, 1992. KAYE NS y REED TJ, "Tardive dyskinesia: tremors in law and medicine", *J Am Acad Psychiatry Law* 1999; 27: 315-333. En este estudio se da una incidencia del 1 al 3 por ciento. La incidencia de DT con risperidona es entre 0,03 y 2,4; con olanzapina es del 0,5 al 1 por ciento comparada con el 4,5 al 7,5 por ciento del haloperidol. En los primeros dos años de estudio con quetiapina no habían aparecido casos de DT. En conjunto, por tanto, los estudios sugieren un riesgo mucho menor de DT con los antipsicóticos atípicos que con los clásicos. Se describen, además, numerosos casos médico-legales de discinesia tardía, con indemnizaciones millonarias. V. También: TOENNIESSEN LM, CASEY DE, MCFARLAND BH, "Tardive

También se ha subrayado la posibilidad de que la estricta aplicación del consentimiento informado en pacientes psicóticos que niegan su enfermedad y rechazan el tratamiento, pueda conducir a una situación sin salida en el tratamiento y a una agravación del drama personal y familiar.

Otros graves efectos adversos de estos fármacos son: el síndrome neuroléptico maligno<sup>198</sup> y la agranulocitosis.

Aunque ni la esquizofrenia<sup>199</sup>, ni mucho menos la depresión<sup>200</sup>, suponen necesariamente la incapacidad para consentir un tratamiento o una investigación, el elevado riesgo de que ello ocurra, sobre todo en la esquizofrenia, exige que se evalúe cuidadosamente la capacidad para consentir participar en una investigación. Así, el rigor de las determinaciones de capacidad deberá depender del perfil riesgo-beneficio del estudio; y en los estudios con más riesgo, especialmente los experimentos no terapéuticos que plantean más que un riesgo mínimo, se deberán utilizar criterios muy exigentes para su evaluación.

---

diskinesia in the aged”, *Archives of General Psychiatry*, 1985; 42:278-284. JESTE DV, WYATT RJ, “Changing epidemiology of tardive dyskinesia: an overview”, *Am J Psychiatry*, 1981; 138:297-309. *Tardive Dyskinesia: Report of the American Psychiatric Association Task Force on Late Neurological Effects of Antipsychotic Drugs*, 1980. WOERNER M *et al.* Prospective Study of tardive dyskinesia in the elderly: rates and risks factors, *Am J Psychiatry*, 1998; 155:1521-1528.

<sup>198</sup> SÁNCHEZ-CARO, Jesús, SÁNCHEZ-CARO, Javier, “Síndrome neuroléptico maligno y consentimiento informado para el tratamiento con antipsicóticos”, en el *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, Ed. MAPFRE, 1997, pp. 319-327. Y en: *Revista de Administración Sanitaria*, n.º 7, 1998, pp. 129-139. V. también: Sentencia n.º 330/93 del Juzgado n.º 14 de Valencia, de 20 de mayo de 1996, y Sentencia n.º 1034, de 22 de noviembre de 1997, de la Audiencia Provincial de Valencia.

<sup>199</sup> CARPENTER W T *et al.*, “The rationale and ethics of medication-free research in schizophrenia”, *Arch Gen Psychiatry* 1997; 54:401-407.

<sup>200</sup> ELLIOT C, “Caring about risks. Are severely depressed patients competent to consent to research?” *Arch Gen Psychiatry* 1997, 54:113-116.

Respecto a la aplicación del consentimiento informado para la psicoterapia, la cuestión continúa siendo muy debatida. Si bien algunos autores consideran que solo tiene interés en relación con los tratamientos físicos u orgánicos, lo cierto es que las psicoterapias, sobre todo las de orientación psicodinámica, pueden suponer una invasión no esperada o no deseada de la vida psíquica del individuo. Parece evidente que todas las psicoterapias comportan riesgos y beneficios que el paciente debe comprender antes de comenzarlas, ya que puede empeorar, experimentar una regresión o evocar falsos recuerdos (de abusos sexuales, por ejemplo) que tengan una grave repercusión social<sup>201</sup>. Uno de los problemas que se cita más frecuentemente entre nosotros es el de la ruptura de la confidencialidad. La necesidad de proteger del contagio al otro miembro de la pareja en un caso de SIDA podría servir para justificar la ruptura en algunos casos. Se piensa, por otra parte, que la exigencia del consentimiento informado podría poner freno a todos los abusos que por acción u omisión se observan en la actualidad en el campo de las psicoterapias y terapias alternativas.

En EE.UU. se discute la necesidad de exigir el consentimiento informado para las hospitalizaciones voluntarias, habiéndose establecido cuestionarios que permiten evaluar la capacidad de decisión en el momento del internamiento<sup>202</sup>. El problema es que ello puede privar del beneficio de la hospitalización a algunos pacientes que carecen temporalmente de capacidad de consentimiento, o a pacientes con incapacidad mental parcial que otorgan un consentimiento dudoso. En España, el Informe del Defensor del Pueblo<sup>203</sup> al respecto, dejó bien patente la necesidad de que mejoren los internamientos psiquiátricos.

---

<sup>201</sup> V. por ejemplo: CANELL J., "Recovered memories of sexual abuse: informed consent", en *APPL Newsletter* 1999, 24:2. V. También: BEAHRS JO, GUTEHIL TG, "Informed consent in psychotherapy", *Am J Psychiatry* 2001, 158: 4-10.

<sup>202</sup> APPELBAUM PS, MIRKIN SA, BATEMAN AL, "Empirical assessment of competency to consent to psychiatric hospitalization", *Am J Psychiatry* 1981; 138: 1170-1176.

<sup>203</sup> AZNAR LÓPEZ, M. *Internamientos civiles y derechos de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Editorial Comares. Granada 2000.

## 10.2. Intimidad y confidencialidad en psiquiatría

Parece claro que los tratamientos de salud mental requieren el desarrollo de una relación de confianza, en la que los tipos más íntimos de información son revelados, incluyendo detalles de hechos pasados que provocan vergüenza, como una sexualidad inadecuada, fantasías inconscientes que se expresan mediante una conducta impulsiva (*acting out*) —como las agresiones aparentemente sin sentido el abuso de niños y la promiscuidad— y determinados sentimientos “bien guardados” hacia sus padres, seres queridos, rivales o los propios terapeutas<sup>204</sup>.

Los ejemplos que podría poner cualquier psiquiatra clínico experimentado son numerosos: una joven consulta porque tiene síntomas depresivos y ansiedad somatizada, no pudiendo establecer relaciones amorosas con su novio debido a un fuerte sentimiento de culpabilidad, y poco después, en estado de relajación, y expresando una profunda vergüenza al recordarlo, explica que un tío carnal abusó de ella repetidas veces cuando era niña; una adolescente es internada debido a su estado de depresión grave, con anorexia e ideas autolíticas, y posteriormente, una vez resuelto el episodio agudo y dada de alta, vuelve de nuevo a la consulta, acompañada ahora de su madre, y reconoce que ha sufrido dos abortos, los cuales había ocultado a sus propios padres por falta de confianza hacia ellos; un paciente exhibicionista, con una historia de múltiples denuncias en los juzgados e internado en alguna ocasión debido a sus accesos maníacos, vuelve después de un tiempo a la consulta y confiesa que debido a la pérdida de su trabajo por los problemas que ha tenido, ha participado ocasionalmente en el tráfico de drogas; otro paciente que consulta por trastornos de ansiedad y cuya mujer se encuentra en la sala de espera, manifiesta que siempre ha tenido fantasías y tendencias homosexuales y que en la actualidad está manteniendo relaciones sexuales

---

<sup>204</sup> Sobre los aspectos psiquiátricos de la intimidad, V. SÁNCHEZ-CARO, Jesús y SÁNCHEZ-CARO, Javier, op. cit., pp. 181-208.

en este sentido; una paciente de mediana edad, a quien trae su familia por presentar una depresión grave, nos manifiesta durante la entrevista su culpabilidad por presentar ludopatía, destinando una parte importante del reducido presupuesto familiar a todo tipo de juegos.

Para APPELBAUM<sup>205</sup>, la importancia de mantener la confidencialidad en la relación psicoterapeuta-paciente radica principalmente en la necesidad de establecer una alianza terapéutica. Ésta se basa a su vez en la colaboración entre el terapeuta y los aspectos no patológicos (o “sanos”) de la personalidad del paciente. Para alcanzar este grado de colaboración el terapeuta intenta “ver el mundo a través de los ojos del paciente”, esforzándose por conseguir una relación empática. Al mismo tiempo, en tensión con este intento de colaboración, el terapeuta debe oponerse inevitablemente a los aspectos psicopatológicos (o “enfermos”) del paciente (por ejemplo, tendencias autopunitivas), actuando así realmente como defensor de la parte “sana”. Para conseguir todo ello se requiere apertura y sinceridad por parte del paciente y protección de la confidencialidad por parte del médico.

Lo que se discute por muchos en la actualidad es el alcance de la confidencialidad misma, sobre todo lo concerniente a la revelación de información confidencial a un tercero (con o sin consentimiento del paciente) o a la revelación de información confidencial a petición judicial. Un ejemplo paradigmático de las dificultades que a veces comporta manejar la confidencialidad en psiquiatría, lo encontramos en el famoso y ya histórico caso de Tarasoff (1974, 1976)<sup>206</sup>, donde ante una

---

<sup>205</sup> Paul S. APPELBAUM y Thomas G. GHUTEIL, *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law*, second edition, Baltimor, Williams&Wilkins 1991, pp. 1-34 y 166-167.

<sup>206</sup> TARASOFF v. Regents of Univ of California, 13 Cal 3d 177, 118 Cal Rptr 129, 529 P2d 553(1974) reargued, 17, 17Cal 3d 425, 131 Cal Rptr 14, 551 P2d 334(1976). Este caso se analiza con detalle en Jesús SÁNCHEZ-CARO Y Javier SÁNCHEZ-CARO, *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, Editorial MAPFRE, 1998, pp. 152-154.

mayoría de opiniones a favor de avisar a un tercero de las amenazas del paciente, se levantaron otras opiniones en contra de tal obligación basadas en criterios de tipo consecuencialista. La mayoría opinaba que había que salvar a la víctima, como la joven Tatiana asesinada por su novio enfermo, y era partidaria de la obligación del profesional de revelar la información a terceros, ya que se justificaría por la necesidad de proteger a las víctimas potenciales. Pero la minoría que se oponía a tal obligación de revelar, argumentaba que si se generalizara la práctica de suprimir la confidencialidad ésta se erosionaría y terminaría por desaparecer la relación de confianza entre el médico y el paciente. Ello tendría una especial importancia para la psicoterapia, ya que los pacientes que no confiaran en su psicoterapeuta no le revelarían una información crucial para el tratamiento. Como consecuencia se incrementaría también el número de agresiones, porque las personas peligrosas no buscarían la ayuda del psiquiatra, o no querrían revelarle información importante, como sus fantasías violentas.

No existen en España normas específicas sobre la intimidad, la confidencialidad o el secreto en psiquiatría, por lo que son aplicables las que hemos expuesto anteriormente con carácter general.

#### 10.2.1. *Confidencialidad y tratamiento psiquiátrico del menor*

En principio, los menores tienen el mismo derecho en relación con la confidencialidad y deben sentirse libres para hablar de sus padres y de otros adultos sin miedo a las represalias. La información ajena al tratamiento que el niño no quiere que sus padres conozcan, no será comentada con los mismos ni incluida en la historia clínica. Sin embargo, a los padres se les deberá aportar la información que necesitan conocer para que decidan sobre el tratamiento de sus hijos. Por otra parte, también a los pacientes infantiles y adolescentes se les deberá informar de los datos suyos que pueden ser compartidos con sus padres, y de acuerdo con su edad, de los límites de la confidencialidad en su situación terapéutica concreta.

El derecho de los padres a acceder a la información se muestra menos claro en relación con los adolescentes, especialmente cuando se aproximan a la mayoría de edad y la información obtenida por el psiquiatra es sensible, embarazosa, o cuando su revelación probablemente exacerbe el problema. En el medio norteamericano el tratamiento psiquiátrico del adolescente ocasiona problemas frecuentes y complejos en relación con la confidencialidad, ya que si bien en algunos Estados se le reconoce el derecho a que se revelen o no los datos confidenciales, es frecuente que su inmadurez psicológica comprometa su capacidad para tomar la decisión más adecuada.

Además, se admite que si bien la confidencialidad del paciente adolescente puede estar limitada, su necesidad durante el tratamiento es paralela a la de los adultos, por lo que no informar a éstos últimos es a menudo una condición necesaria para su tratamiento, excepto cuando exista riesgo para la vida o riesgo importante para la salud. En la mayoría de las situaciones los pacientes adolescentes deberán ser animados a informar ellos mismos a sus padres de los asuntos que éstos deben conocer, dado que a la enorme variabilidad en cuanto al grado de comprensión que tienen de la confidencialidad, hay que añadir el tipo y la gravedad de los problemas que plantean al psiquiatra. Por ejemplo: planes de fuga, inicio en el consumo de drogas o relaciones sexuales con otros jóvenes. Una excepción muy clara a la confidencialidad es la que presenta el adolescente esquizofrénico que no desea que se informe a sus padres, ya que en este caso el deber ético de proporcionarle el tratamiento más adecuado prevalece sobre la confidencialidad.

Al margen de lo tediosa y compleja que resulte, la confidencialidad ejerce una influencia notable sobre el resultado del tratamiento en los pacientes adolescentes, y es esencial que el terapeuta les asegure, de cualquier forma, que nunca la romperá sin dialogar previamente con ellos.

Para revelar la información sobre un paciente menor en EE.UU., se precisa generalmente la firma de cada uno de los padres, excepto en los

casos de divorcio o custodia, en cuyo caso se exige la firma del padre de custodia o del representante legal. Sin embargo, siempre que se desvele información sobre un adolescente, es deseable que firmen el documento de consentimiento tanto el padre como el paciente. En los casos de abuso sexual del menor, demostrados o sospechosos, la obligación de informar sobre ello tiene prioridad sobre la confidencialidad, en orden a proteger al niño. La reglamentación al respecto difiere según las jurisdicciones y en la mayoría ni se autoriza ni se requiere que el psiquiatra desvele toda la información sobre un paciente en caso de abuso. Por ejemplo, algunos estatutos requieren que se informe de todos los casos anteriores de abuso, mientras que otros limitan este deber a los más actuales. De forma similar, algunos Estados establecen de forma específica qué información se le exige dar al psiquiatra.

Las normas jurídicas que hacen referencia a la protección de la intimidad de los menores en España se encuentran en leyes dispersas, sin que exista un cuerpo jurídico que se refiera expresamente a estas cuestiones.

Nuestro Código Civil<sup>207</sup> parte de la condición de madurez como criterio genérico para la llamada “mayoría médica” (que se alcanza legalmente a los dieciséis años), esto es, la posibilidad de que los menores puedan tomar decisiones en lo que se refiere a su salud. Se observará que se trata de un criterio genérico que obliga a la necesaria concreción en presencia de cada acto en particular. No sigue, pues, nuestro Derecho el sistema que se utiliza en otros países, consistente en establecer edades para diferentes

---

<sup>207</sup> Artículo 162, que dice lo siguiente: los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de Sergio ROMEO MALANDA, “El valor del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *La Ley*, números 5185 y 5186.

supuestos. En conclusión, no existe un sistema jurídico que permita solucionar adecuadamente los problemas que plantea la autodeterminación informativa de los menores y, en consecuencia, no están claramente definidos los límites del respeto a su intimidad.

Debe constatar, en todo caso, que existe un movimiento amplio tendente a reforzar los derechos de la personalidad del menor y en particular su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Un exponente de tal tendencia lo encontramos en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>208</sup>. En particular, dice lo que sigue:

“1º. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2º. La difusión de información y la utilización de imágenes o el nombre de los menores en los medios de comunicación, que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por el perjuicio causado.

3º. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria

---

<sup>208</sup> Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, núm. 1/1996. En concreto los artículos 4 y 2.

a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

### **Caso I. Consentimiento informado para el internamiento voluntario en un hospital psiquiátrico**

*Desearíamos conocer si existe en España alguna reglamentación en relación con el consentimiento informado para los internamientos voluntarios. Más concretamente: ¿Debe quedar siempre constancia documental del carácter voluntario del ingreso? ¿Se debería evaluar siempre la capacidad decisoria del paciente, para así estar seguros de que, efectivamente, se trata de un internamiento voluntario?*

En España no existe en la actualidad legislación específica sobre la necesidad del consentimiento informado para el internamiento voluntario en un hospital psiquiátrico. Es más, de forma similar a lo que sucede en EE.UU., el internamiento involuntario se encuentra mejor regulado que el internamiento voluntario. Concretamente, el internamiento involuntario se encuentra regulado mediante el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), y mediante el artículo 9, apartado a) de la ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

El internamiento voluntario o no judicial es aquél que se establece a instancia del paciente y que puede adoptar la forma de un contrato explícito entre el paciente y la institución, pudiendo ser rescindido por ambas partes en cualquier momento.

Se precisa para esta forma de ingreso una solicitud firmada por el paciente o, si no sabe firmar, la huella dactilar con la presencia de dos testigos (práctica ésta consagrada por la experiencia y aconsejada por la mayoría de las asesorías jurídicas). Pero no existe regulación específica sobre este tipo de internamiento, como indica un Informe del Defensor del Pueblo.

En la investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo en relación con los internamientos de carácter voluntario, aparece una situación divergente, según se trate de hospitales psiquiátricos o de unidades de psiquiatría de hospitales generales. Así, en la mayoría de los hospitales psiquiátricos existía constancia documental de la voluntariedad del ingreso, a través de la firma del paciente al proceder al mismo.

Sin embargo, sólo en una minoría de las unidades de psiquiatría de los hospitales generales existía constancia documental del carácter voluntario del ingreso y, consecuentemente, en la mayoría de estas unidades la voluntariedad no quedaba reflejada en el pertinente documento. En algunos de estos hospitales los documentos requeridos para el ingreso son firmados generalmente por los familiares de los enfermos. Como razón para justificar la omisión, se ha aducido que tampoco los pacientes del resto de las unidades del hospital suscribían a su ingreso un documento en tal sentido, por lo que en caso de exigírsele a los enfermos psiquiátricos significaría someterles a un trato desigual.

La Oficina del Defensor del Pueblo no comparte en su Informe el razonamiento anterior, argumentando que la existencia de un documento que acredite el carácter voluntario del internamiento no actúa como condición perjudicial para el enfermo, sino que constituye más bien un elemento fundamental para garantizar una protección más perfecta de sus derechos. Por ello estima que: “en beneficio del propio enfermo mental, y para garantizar más perfectamente sus derechos, debería existir siempre constancia documental del consentimiento otorgado por el interesado a su internamiento, sin que tal consentimiento pueda, en ningún caso, presumirse”. Añade el Informe que esta cuestión sí se encontraba resuelta en el derogado Decreto de 3 de julio de 1931, dado que se exigía para todo tipo de ingreso voluntario un certificado médico en el que se hiciera constar la indicación de la asistencia en un establecimiento psiquiátrico, así como una declaración firmada por el propio paciente en la que se indicara su deseo de ser tratado en el establecimiento elegido.

Finalmente indica el Informe que resulta excesiva la comunicación de todos los internamientos, puesto que no se desprende de norma alguna que los internamientos voluntarios deban ser comunicados al órgano judicial correspondiente.

Como hemos indicado más arriba, el contrato entre el paciente y la institución puede ser rescindido en cualquier momento y, por tanto, el alta o salida del hospital se producirá de mutuo acuerdo. En el caso de que este último no exista, se producirá igualmente el alta voluntaria, dejando constancia de ello por escrito.

Ahora bien, en aquellos casos en que el paciente empeore gravemente respecto a su estado de ingreso y se alteren en consecuencia las condiciones para un consentimiento válido, el médico podrá cambiar el estado del paciente y éste pasar automáticamente a internado involuntariamente por el trámite de urgencia. El facultativo tendrá que comunicar este cambio al juez en el plazo de 24 horas. Según el Informe del Defensor del Pueblo, casi todos los centros visitados tenían prevista la conversión de un ingreso voluntario en involuntario, con su correspondiente comunicación al juez, cuando se prolongaba el internamiento en contra de la voluntad del paciente que inicialmente consintió el ingreso.

Lo que legitima este tipo de ingresos voluntarios es que la voluntad inicial del paciente esté exenta de vicios que la invaliden, por lo que en aquellos casos en que no esté clara la absoluta voluntariedad del paciente se deberá proceder de la forma señalada anteriormente, y en cualquier caso ponerlo en comunicación del órgano judicial correspondiente.

Queda planteada la necesidad de investigar más cómo se producen los internamientos en España y la necesidad de arbitrar o no el consentimiento informado u otros requisitos para regular de forma adecuada los internamientos voluntarios. En línea con lo expuesto hasta ahora, opinamos que se debe informar siempre al paciente de todos aquellos aspectos importantes para su toma de decisiones. Entre otros: características del

centro donde va a ingresar; tipo de tratamiento que se le va a aplicar de acuerdo con su diagnóstico; beneficios y riesgos de dicho tratamiento; alternativas al tratamiento o al ingreso, si existen, y beneficios y riesgos de dichas alternativas. Una vez que se le ha informado, habrá que obtener su consentimiento expreso y por escrito en un documento en el que figurará si acepta todo tipo de tratamientos o sólo algunos de ellos. Si bien se supone en estos casos que el paciente tiene capacidad de decisión para realizar el consentimiento e ingresar en el centro, ante la menor duda el médico deberá proceder a la determinación de dicha capacidad. Si se obtiene el documento de aceptación con error, engaño o presión familiar, el consentimiento será nulo y el internamiento no voluntario, pudiendo incurrir quienes así procedan en responsabilidad penal, de acuerdo con el artículo 163 del Código Penal, que regula las detenciones ilegales y los secuestros<sup>209</sup>.

## **Caso II. Internamiento por riesgo de suicidio**

*Les agradecería me informaran sobre lo relativo al consentimiento informado y el internamiento en un paciente con riesgo de suicidio. Más concretamente: ¿Cuál debe ser la conducta del psiquiatra cuando recomienda a su paciente un internamiento por peligro inminente de suicidio y este último se niega?*

En primer lugar, hay que considerar que nos encontramos en este caso ante una excepción para la obtención del consentimiento informado. Así, de acuerdo con el artículo 9, apartado 2, de la Ley 41/2002: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: b) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es

---

<sup>209</sup> J. SÁNCHEZ-CARO Y J. SÁNCHEZ-CARO, *El consentimiento informado en psiquiatría*, op. cit., cap. 17.

posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Por tanto, deberá informar a los familiares o allegados más directos del paciente del peligro que la negativa comporta. Y en todo caso, utilizar todos los medios a su alcance para intentar lograr su internamiento involuntario en un centro psiquiátrico, de acuerdo con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), referente al “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”. El apartado 1 de dicho artículo dice lo siguiente:

“El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá la autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento”.

También se especifica en dicho artículo que:

“La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”.

### **Caso III. Internamiento psiquiátrico voluntario y negativa al tratamiento**

*Cuando el paciente psiquiátrico se interna voluntariamente en un centro psiquiátrico y pierde posteriormente, una vez internado, su capacidad para tomar decisiones, negándose, por ejemplo, a seguir el tratamiento, ¿cuál debe ser la conducta adecuada del psiquiatra encargado?*

Si considera que puede ser muy nocivo para el paciente no seguir el tratamiento, deberá considerar la situación como de urgencia, y tratar de instaurar el tratamiento a su paciente, todo ello de acuerdo con el

artículo 9 de la ley de autonomía del paciente (Ley 41/20002): “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: 2. b) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), procederá por razones de urgencia a considerar el internamiento voluntario como involuntario, si bien “el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”.

#### **Caso IV. Consentimiento informado y deficiencia mental**

*¿Qué consideraciones legales hay que tener en cuenta en relación con el consentimiento informado de un paciente adulto con deficiencia mental?*

En relación con el consentimiento informado en la deficiencia mental, encontramos que la vigente ley de autonomía del paciente (artículo 8), indica que es preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas (artículo 9).

Las personas con deficiencia mental se encuentran comprendidas frecuentemente entre las personas que, por no tener capacidad para expresar su consentimiento, necesitan protección, tal como indica y regula el

artículo 6 del Convenio de Oviedo. En dicho artículo, que también regula el consentimiento del menor, se establecen entre otras las siguientes condiciones para poder realizar la intervención en una persona con incapacidad para consentir: que sea en su propio beneficio, que consientan sus padres, su representante legal o la persona o institución designadas por la Ley, y que no se excluya totalmente de participar en las decisiones a los adultos incapaces de consentir.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que, en aquellos casos en que el paciente muestre una clara incapacidad, la ley de autonomía del paciente, en su artículo 9, punto 3, indica que:

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

### **Caso V. Representante legal en tratamiento psiquiátrico**

*Al ingresar en nuestro hospital una paciente de edad avanzada, con una pluripatología muy compleja, se presentó un señor como su sobrino y representante legal, aduciendo determinados títulos, entre ellos el de médico y abogado, y solicitándonos repetidas veces su deseo de participar y ser informado minuciosamente de cualquier decisión médica o cambio en el tratamiento en relación con su tía. Al mantener una actitud de absoluta desconfianza y descontento sobre los cuidados impartidos a la paciente, amenazando a veces con emprender una batalla judicial, e incluso con verse el mismo empujado al suicidio, dicho señor ha creado y crea numerosos problemas que están interfiriendo en la adecuada asistencia a la paciente, que,*

*por otra parte, no parece capaz de tomar decisiones por sí misma. Uno de los médicos responsables de la paciente, manifiesta que dicho señor le ha comunicado verbalmente que se encuentra en tratamiento psiquiátrico con psicofármacos.*

*Ante la situación descrita anteriormente, nos preguntamos: ¿Puede o debe el médico, conforme a la Ley de Autonomía del Paciente, prescindir en este caso del representante legal? ¿Debe el Centro realizar averiguaciones encaminadas a comprobar la posible existencia de otras personas vinculadas a la paciente por razones familiares o de hecho? ¿Debe el Centro poner en comunicación de alguna institución u organismo la situación de dudosa capacidad del representante legal?*

Puede, efectivamente, el médico prescindir en algunas ocasiones del representante legal del paciente, tal y como figura en el apartado 5 del artículo 9 de la ley 41/2002. Queda claro, en dicho artículo, que el médico siempre deberá actuar en favor del paciente y con respeto a su dignidad como persona, lo desee o no, en su caso, su representante legal. Además, es aconsejable que la decisión de actuar del médico se tome siempre respaldada por todo el equipo médico o sanitario, de acuerdo con la ley de ordenación de las profesiones sanitarias (Ley 44/2003, de 21 de noviembre, artículo 9).

Por otra parte, en caso de que el representante legal se opusiera al tratamiento o intimidara de alguna forma al médico, éste deberá ponerlo en conocimiento del juzgado correspondiente.

En el caso concreto que se menciona, en el sentido de que “en ningún caso aceptará el alta de su tía”, hay que recordar que habrá que tener en cuenta el artículo 21 de la ley de autonomía del paciente, que literalmente indica lo siguiente: “En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa,

lo podrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”.

En el caso presente, ante la imposibilidad de la paciente de dar su consentimiento, las actuaciones del alta se entienden referidas a la voluntad manifestada por su representante legal.

Por supuesto que se debe comprobar si el representante legal está acreditado debidamente. Lo usual es que dicha acreditación se le exija en el momento mismo de llegar al hospital, por el personal administrativo.

En nuestra opinión, no es misión del hospital realizar averiguaciones encaminadas a constatar la posible existencia de otras personas vinculadas al paciente. Si ocurre que el representante legal no está acreditado debidamente, lo suyo sería ponerlo en conocimiento del juzgado correspondiente.

En principio, si la situación de “dudosa capacidad” del representante no afecta a la correcta asistencia del paciente, no es necesario ponerlo en conocimiento de ninguna institución.

### **Caso VI. Dudas sobre el consentimiento informado para la terapia electroconvulsiva (TEC)**

*¿Cuál debe de ser mi conducta si tengo que poner terapia electroconvulsiva a un paciente y tengo dudas sobre su capacidad? Por otra parte: ¿Quién es el último responsable en la aplicación de la terapia electroconvulsiva (TEC): el psiquiatra que la prescribe, el médico que coordina el tratamiento en el centro sanitario o el especialista en anestesia y reanimación que es el que al final se la aplica?*

Para instaurar tratamiento de terapia electroconvulsiva es preceptivo obtener primero por escrito el consentimiento informado del paciente,

tal y como se explicita en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente.

Si se tienen dudas de la capacidad del paciente para otorgar el consentimiento, procede evaluar su capacidad decisoria (esencialmente, explorar su comprensión sobre el tratamiento que se le propone y su grado de voluntariedad para el mismo).

Si el paciente no tiene capacidad decisoria, y se juzga imprescindible aplicar el tratamiento electroconvulsivo (por sufrir, por ejemplo, una depresión grave resistente al tratamiento con psicofármacos, acompañada de ideas y proyecto definido de suicidio), procede obtener el consentimiento informado por representación, tal y como indica la mencionada ley de autonomía del paciente en su artículo 9, apartado 3, letra a: “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

En cuanto a quién es el responsable último de la TEC, parece indudable que es aquel que finalmente la aplica, en este caso que se menciona el médico especialista en anestesia y reanimación. Ahora bien, es preciso recordar aquí la necesidad de actuar en equipo, de acuerdo con la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (Ley 44/2003, de 21 de noviembre, artículo 9), que aconseja que la decisión de actuar del médico se tome siempre apoyada por todo el equipo médico o sanitario.

### **Caso VII. Información a una paciente esquizofrénica**

*Estoy tratando desde hace tiempo a una paciente con esquizofrenia paranoide. ¿Qué información debo darle respecto a los posibles efectos secundarios de los antipsicóticos (síndrome pseudoparkinsoniano,*

*discinesia tardía, síndrome neuroléptico y otros)? ¿Si ella no comprende bien la información, se la puedo dar a su familia?*

Lo ideal en estos casos es poder dar la información conjuntamente al paciente y a sus familiares o allegados, o al representante si no tiene familia, ya que es frecuente que los pacientes no valoren adecuadamente la información que se les da. Y en el caso de que no se estime conveniente informar al paciente directamente, por existir peligro de que no acepte el tratamiento debido a que su enfermedad le incapacita para tomar decisiones para hacerlo o no hacerlo, se procederá a informar a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, de acuerdo con el artículo 5, apartado 3, de la ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002), e incluso habrá que obtener el consentimiento por representación, de acuerdo con el artículo 3.a): “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

Recordemos también, en relación con lo anteriormente expuesto, que el Tribunal Supremo, en sentencia del 5 de marzo de 1997, relativa a un caso de lesiones y muerte causadas por un esquizofrénico paranoide, insistió en la obligación de informar en estos casos a los familiares o allegados: “Si en algún caso hay obligación de informar es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conllevan y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse si, quien puede, no informa”.

Y por supuesto, si se estima conveniente y posible informar directamente al paciente, hay que hacerlo de forma adecuada, tratando siempre de optimizar su capacidad y en el momento preciso (no cuando esté delirando, por ejemplo), exponiéndole los efectos secundarios más frecuentes

que pueden originar los fármacos antipsicóticos y la necesidad de que siga controles periódicos para minimizarlos.

### **Caso VIII. Tratamiento de deshabitación alcohólica a un penado**

*Nos solicita un juzgado de lo penal que tratemos a un penado, en la Unidad de Deshabitación al Alcohol de nuestro hospital. En principio, les hemos respondido diciendo que, por razones terapéuticas, todos los ingresos de pacientes en nuestra Unidad son siempre voluntarios, por lo que no se admiten en la misma a personas con ingreso involuntario, como sería el caso de los penados. Pero, ¿tenemos realmente que asumir en nuestro hospital el tratamiento de este paciente? Y si lo tenemos que hacer, ¿qué garantías o aclaraciones tenemos que solicitar a la Administración de justicia?*

Se trata de un asunto que reúne dos características distintas y no contradictorias. Por un lado, el condenado acepta voluntariamente el sometimiento a un tratamiento de deshabitación alcohólica, con la finalidad de que se le suspenda la ejecución de la pena. A tal fin, no puede abandonar el tratamiento hasta la finalización del mismo. Por otro lado, el internamiento en un centro de deshabitación constituye una medida privativa de libertad, lo que determina que sea obligatorio dicho internamiento para la suspensión de la correspondiente pena.

No se trata, por tanto, aunque pueda parecer a primera vista otra cosa, de un tratamiento involuntario, si bien es cierto que la voluntariedad está determinada por los beneficios establecidos para el penado con motivo de la deshabitación alcohólica.

El Código Penal actual (artículos 87.4, 96 y 102, fundamentalmente) determina que, en el caso de que el condenado se haya sometido a tratamiento de deshabitación, se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Por su parte, los centros o servicios responsables del tratamiento están

obligados a facilitar al juez, en los plazos que se señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar, así como su finalización.

El juez revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

En conclusión, parece razonable que el hospital asuma el tratamiento, dada la existencia de una obligación constitucional de colaborar con la Administración de justicia, si bien, con la finalidad de determinar el alcance de la responsabilidad que contrae el centro sanitario, deben solicitarse al juez las aclaraciones pertinentes: régimen de control y vigilancia del centro sanitario en relación con el penado, plazos en los que se debe informar al juez, así como régimen de la Unidad de custodia.

### **Caso IX. Rechazo del tratamiento farmacológico y evaluación de la capacidad**

*Tengo un paciente psicótico que frecuentemente rechaza el tratamiento farmacológico. ¿Existe alguna prueba para determinar su capacidad para el tratamiento (para aceptarlo o rechazarlo)?*

No tenemos constancia de que exista ninguna prueba específica en España para evaluar la capacidad de un paciente para el tratamiento. Generalmente, se acude a los dos criterios legales más reconocidos para evaluar la capacidad, uno cognitivo, como es la comprensión, y otro volitivo, como es el hecho de gozar de libre albedrío y poder elegir libremente entre dos o más opciones (en este caso, ser tratado o no).

En EE.UU. se ha sugerido por algunos psiquiatras, que la capacidad para aceptar o rechazar el tratamiento con antipsicóticos se puede suponer si el paciente demuestra tener un conocimiento real y una comprensión racional de los aspectos más importantes relacionados con la toma de

dicha medicación. El paciente demostrará tener un conocimiento real si es capaz de nombrar el medicamento, identificar al menos alguno de sus beneficios terapéuticos y mencionar la discinesia tardía como uno de sus posibles efectos secundarios. Y para demostrar una comprensión racional deberá tener alguna idea de que sufre una enfermedad mental, y de que el médico le ha recomendado la medicación antipsicótica por ser un tratamiento efectivo para su trastorno.

Por otra parte, también en EE.UU., se ha intentado establecer algunas pruebas para evaluar la capacidad del paciente para el tratamiento:

Si el paciente comprende la enfermedad o el estado por el cual se le propone el tratamiento.

Si el paciente comprende la naturaleza y los fines del tratamiento propuesto.

Si el paciente comprende los riesgos que conlleva comenzar el tratamiento.

Si el paciente comprende los riesgos que corre si no comienza el tratamiento.

Si el estado del enfermo interfiere con su capacidad para consentir.

También goza de gran prestigio en EE.UU. el Cuestionario para Evaluar los Criterios de Capacidad, de Appelbaum y Grisso (1988), que evalúa la capacidad del paciente para el tratamiento en función de cómo responde a una serie de cuestiones relacionadas con los cuatro criterios legales de capacidad de decisión más utilizados en los tribunales de justicia norteamericanos (elegir, comprender, razonar, apreciar).

Hay que considerar que en España, mientras no se declare la incapacidad civil de un sujeto, éste tiene y goza de plenitud de derechos, aunque

en los casos de internamiento y de acuerdo con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la autorización del juez es suficiente para poder tratar al paciente sin llegar a la sentencia de incapacidad civil.

### **Caso X. DNI y dispensación de benzodiazepinas**

*Desearía recibir información sobre la legislación que regula la obligatoriedad de presentar el DNI en la farmacia para poder dispensar benzodiazepinas.*

Existe, como ya conoce, la obligatoriedad de prescribir y dispensar los medicamentos psicotrópicos siempre con receta. Son medidas de carácter internacional recogidas en el “Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena”, de 21 de febrero de 1971, que el Gobierno Español adaptó posteriormente a la legislación española en 1977, mediante el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre.

La obligatoriedad de presentar el DNI en la farmacia para poder dispensar benzodiazepinas (y otros psicotrópicos), se apoya en una Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE n. 129 de 31/23 de mayo de 1994) sobre modelos oficiales de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, no así en el caso de las recetas privadas. El DNI será el de la persona que retire el producto.

### **Caso XI. Atención sanitaria a menores en Salud Mental**

*Algunos adolescentes con diferentes trastornos y los profesionales que los atienden en ciertos ámbitos, plantean poder recibir asistencia en Salud Mental de forma directa, y sin el obligado trámite de acudir a su médico de Atención Primaria para su derivación. Basan su petición en su negativa a que sus padres tengan conocimiento del problema que les afecta y el temor a que esto pudiera ocurrir si van al médico de cabecera “que conoce a su madre”. Esto hace que algunos pocos adolescentes potencialmente graves, finalmente se*

*pierdan y no lleguen a acceder a esta ayuda, llegando más tarde, si llegan, y en peores condiciones.*

*¿Pueden estos adolescentes acudir solos a las consultas de Salud Mental? ¿Es legal prestar atención en Salud Mental a un adolescente (13-17 años) sin que sus padres lo sepan? Y en situaciones de patología mental, como puede ser un trastorno de la conducta alimentaria, un abuso de sustancias o un trastorno afectivo, ¿es aplicable la figura del menor maduro?*

Plantea en su pregunta dos cuestiones que deben ser deslindadas “ab initio”:

La posibilidad o no de acceso directo a las consultas de Salud Mental, esto es, sin necesidad de acudir previamente al médico de Atención Primaria (médico de familia).

La actuación sanitaria en Salud Mental a menores, en base a la doctrina del “menor maduro”.

Atendiendo en primer lugar a la segunda cuestión, es decir, a la asistencia sanitaria a menores que pudieran encuadrarse en la condición de “menores maduros”, es necesario establecer algunas precisiones:

En España la mayoría de edad se alcanza a los 18 años cumplidos (art. 315 del Código Civil).

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales en este Código (Código Civil); por ejemplo, para la adopción se requiere que el adoptante sea mayor de 25 años (art. 175 CC), pero por el contrario, puede adquirir la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia, “el mayor de 14 años capaz para prestar una declaración por sí...”. Sirvan estos ejemplos para la mejor comprensión del asunto.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores (menores de 18 años) no emancipados, con la excepción de “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (art. 162 CC).

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece lo que se denomina la mayoría de edad sanitaria a los 16 años cumplidos, permitiendo a estos menores emitir un consentimiento autónomo exceptuando la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación (art. 9. 3 c) y 4.), incorporando, sin embargo, la cautela de que en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (art. 9. 3. c) in fine).

Queda según lo expuesto aclarada la situación legal de:

- los mayores de 18 años
- los menores entre 16 y 18 años

Sin embargo, la doctrina denominada del “menor maduro” se suele aplicar a las edades comprendidas entre los 14 y los 16 años, aunque algunos autores la hacen descender a los 13 en algunos concretos aspectos como la denominada píldora del día después para las menores entre 13 y 16 años, en virtud de la referencia del Código Penal a esta concreta edad para considerar abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años (art. 181 del Código Penal).

Entran aquí en juego la contraposición de dos bienes jurídicos a proteger, de un lado la libertad individual y del otro la protección del menor.

La institución de la patria potestad y en consecuencia la asignación de representante legal, no tiene un sentido de limitación de la libertad del menor sino, por el contrario, su protección en cuanto considera el ordenamiento que es presumible su falta de capacidad en sus elementos cognitivo y volitivo, más en el primero que en el segundo. Por eso, el citado art. 162 del Código Civil, base de la elaboración doctrinal del menor maduro, permite excepcionalmente y no como regla general adjudicar capacidad suficiente para tal o cual acto de la vida civil, en este caso un acto sanitario, a un menor aun cuando no se den los requisitos de edad previstos en la norma, y esta atribución viene en función concretamente del criterio del médico responsable sobre el que, valga la redundancia, cae una extraordinaria responsabilidad, la de decidir cuando un menor en un caso concreto goza de esa capacidad suficiente que lo exceptúa de la regla general. Esta apreciación, ciertamente, no puede obtenerse más que de la observación y el examen del menor y no a priori, esto es, en virtud de la doctrina del menor maduro no se podría generalizar la asistencia sistemática a los menores de entre 14 y 16 años y presumirlos maduros (capaces) y una vez iniciada dicha asistencia determinar que aquella no existe, sino que el proceso es cronológicamente inverso.

Debe ahora afrontarse el concreto objeto de la cuestión, es decir, si es o no aplicable la doctrina del menor maduro a actuaciones sanitarias relacionadas con Salud Mental. La respuesta, en principio, no puede ser otra que por la propia naturaleza de la patología de que se trata no puede atribuirse inicialmente la doctrina del menor maduro en cuanto que, presumiblemente, existirá alguna alteración, aunque sea meramente en la percepción de la realidad, que suele ser frecuente en los cuadros de la especialidad, baste como ejemplo los pacientes afectos de anorexia o bulimia. En tanto en cuanto esta percepción se encuentre alterada en mayor o menor grado, el elemento cognitivo, que sustenta la capacidad, sufre a su vez un menoscabo que impide a priori una presunción de capacidad suficiente.

No nos es ajeno el dilema que se plantea en cuanto que, por una parte, el hecho de que el menor pueda acceder al psiquiatra sin que sus

padres tengan información de su enfermedad, es decir, respetando su confidencialidad, pueda ser beneficioso para dicho menor, ya que accederá al tratamiento de su enfermedad por un especialista y, presumiblemente, al hacerlo de forma autónoma y confidencial, se podrá establecer una excelente relación médico-paciente. Pero de otro lado se plantea una grave responsabilidad para el facultativo que, atribuyendo por sí la capacidad suficiente del menor en base a la doctrina del menor maduro, debe afrontar las posibles consecuencias de la no información a los padres o representantes legales y la eventual producción de daños tanto al propio paciente como a terceros.

Por último, la más sencilla cuestión, sobre si los menores u otros pueden dirigirse directamente a la especialidad de Psiquiatría o Salud Mental, es una cuestión que se rige por la regla general de que el acceso a Atención especializada se produce por remisión del médico de Atención Primaria, excepto en el caso de la Pediatría que goza de un régimen especial.

No sería sin embargo inoportuno que, si se valorase que esta especialidad, por las concretas circunstancias que concurren, debiera incluirse en el listado de las de acceso directo, pudiera instarse a la Administración sanitaria en demanda de que regulase este acceso directo.

En resumen y a la vista de lo que antecede, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La doctrina del menor maduro es de aplicación excepcional, de aplicación caso a caso y debe motivarse suficientemente.
2. La doctrina del menor maduro no puede aplicarse presuntamente, sino por el contrario, resultar de una adecuada valoración en cada caso.
3. Actualmente la normativa al efecto exige el trámite previo de visita en Atención Primaria para su derivación al especialista, en este caso Psiquiatría o Salud Mental.



---

---

ANEXO I

**EXTRACTO DEL REGLAMENTO DEL PROGRAMA  
ON-LINE DE ORIENTACIÓN SANITARIA**

**1. OBJETO**

El Programa On-Line de Orientación Sanitaria tiene por objeto desarrollar una labor de asesoramiento, orientación e información sobre aquellas cuestiones ético-normativas que se susciten en el seno de la relación médico-paciente o relación clínico-asistencial.

**2. ANONIMATO Y CONFIDENCIALIDAD**

- Toda la información y los datos relativos a este programa serán tratados de forma anónima y confidencial.
- No deberán enviarse datos o informaciones que permitan la identificación de los pacientes.

**3. QUIÉN PUEDE CONSULTAR**

- Directores Gerentes de Atención Especializada y Primaria.
- Directores Médicos de Atención Especializada y Primaria.
- Jefes de Servicio o Responsables de las unidades asistenciales del Hospital.
- Coordinadores de Equipos de Atención Primaria de Centros de Salud, Coordinadores de los Equipos de Soporte de Asistencia Domiciliaria

- (ESAD), Coordinadores de los Equipos de Salud Mental, y otros responsables de unidades equivalentes.
- Los médicos elevarán sus consultas a través de los jefes de servicio o responsables de las unidades asistenciales.
  - Los profesionales de enfermería podrán efectuar las consultas que se deriven de su participación en la relación clínica a través del Director de Enfermería, que las canalizará a través del Director Gerente.

#### **4. QUÉ SE PUEDE CONSULTAR**

- Cuestiones ético-normativas que se susciten en el seno de la relación médico-paciente o relación clínico asistencial.

#### **No se puede consultar:**

- No podrán formularse consultas de índole laboral, económica o disciplinaria.
- Las consultas se limitarán a asuntos actuales o vigentes, excluyéndose aquellos que se encuentren “sub judice” (ante los Tribunales de Justicia).
- Cuestiones sometidas previamente a la consideración del Comité de Ética, o de la Asesoría Jurídica de la Comunidad de Madrid.

#### **5. CÓMO CONSULTAR**

Enviando un correo electrónico a la siguiente dirección:

[ubos.ims@salud.madrid.org](mailto:ubos.ims@salud.madrid.org)

## **6. RESPUESTA**

- Se remitirá lo más rápidamente posible y, en todo caso, en el plazo máximo de diez días.
- Contestación: Por correo electrónico.
- Destinatario: Se remitirá exclusivamente a la persona que formuló la consulta.

## **7. OTRAS FORMAS DE CONTACTO**

Por correo electrónico:

víctor.torres@salud.madrid.org

juan.zamarriego@salud.madrid.org

javier.sanchezcaro@salud.madrid.org

jesús.sanchezc@salud.madrid.org

Por fax: 91 / 3387700 Por teléfono: 91 / 3387839



---

---

ANEXO II  
**RELACIÓN DE CASOS PRÁCTICOS**

**1. LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO**

Caso I. Formalidades del documento de consentimiento informado .....	58
Caso II. Sobre qué tipo de actuaciones sanitarias requieren consentimiento escrito o verbal .....	59
Caso III. Obligaciones de información.....	62
Caso IV. Alternativas de tratamiento y alcance de la información ....	63
Caso V. Alcance de la información asistencial.....	65
Caso VI. Determinar si una prueba concreta precisa consentimiento informado documental .....	67
Caso VII. Consulta sobre menor embarazada .....	69

**2. LA INTIMIDAD**

Caso I. Paciente diabético y conducción.....	102
Caso II. Solicitud de grabación de la conversación con un médico mediante un teléfono móvil.....	107
Caso III. Solicitud de información clínica de una familia ante una posible situación de riesgo para menores. ....	107
Caso IV. Información sobre la habitación en que se encuentra un paciente .....	109

Caso V. Acceso por un trabajador de un centro sanitario a datos de carácter personal.....	111
Caso VI. ¿Qué problemas puede plantear dejar un mensaje en el contestador para confirmar la cita de un paciente? ..	112
Caso VII. Intimidad e información: ¿Tiene la madre derecho a que se oculte al padre la infección por VIH/Sida que tiene el hijo de ambos? .....	113
Caso VIII. Solicitud de historia clínica de paciente fallecido .....	117

### **3. LA HISTORIA CLÍNICA**

Caso I. Acceso a la historia clínica por parte de los trabajadores sociales .....	163
Caso II. Acceso a la historia clínica con fines judiciales .....	168
Caso III. Tratamiento de las anotaciones subjetivas.....	169
Caso IV. Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras ....	171
Caso V. Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado .....	174
Caso VI. Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados.....	180
Caso VII. Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido ....	182

### **4. OTRAS CUESTIONES**

Decisiones al final de la vida: nutrición e hidratación artificiales ....	187
Caso I. Limitación del esfuerzo terapéutico.....	206
Reproducción humana asistida .....	213
Casos de acceso por la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida. Casos I y II .....	215
Caso III. Utilización de semen criopreservado por el cónyuge superviviente como consecuencia de enfermedad previa del marido .....	219

Asistencia a pacientes desplazados de otras comunidades autónomas. Caso I .....	221
Posibilidad de abandonar el puesto de trabajo por necesidad de tener que prestar asistencia sanitaria externa y urgente. Caso I ....	223
Asistencia sanitaria prestada a dos menores (14 y 16 años) en relación con las lesiones originadas en el curso de una actuación policial. Caso I .....	226
Violencia de género. Caso I .....	228
Trasplante de riñón. Caso I.....	233
Cambio de nombre en la historia clínica por cambio de sexo .....	241
Objeción de conciencia.....	245
Salud mental y psiquiatría .....	252
Caso I. Consentimiento informado para el internamiento voluntario en un hospital psiquiátrico .....	265
Caso II. Internamiento por riesgo de suicidio .....	268
Caso III. Internamiento psiquiátrico voluntario y negativa al tratamiento .....	269
Caso IV. Consentimiento informado y deficiencia mental.....	270
Caso V. Representante legal en tratamiento psiquiátrico .....	271
Caso VI. Dudas sobre el consentimiento informado para la terapia electroconvulsiva (TEC).....	273
Caso VII. Información a una paciente esquizofrénica .....	274
Caso VIII. Tratamiento de deshabitación alcohólica a un penado.....	276
Caso IX. Rechazo del tratamiento farmacológico y evaluación de la capacidad .....	277
Caso X. DNI y dispensación de benzodiazepinas .....	279
Caso XI. Atención sanitaria a menores en Salud Mental.....	279





La Suma de Todos



**Comunidad de Madrid**

[www.madrid.org](http://www.madrid.org)