

XII TALLER INTERNACIONAL SOBRE TUBERCULOSIS. UITB-2008

MESA SOBRE ASPECTOS LEGALES ¿INGRESO OBLIGATORIO EN LOS PACIENTES CONFLICTIVOS?

LA OPINIÓN DE UN FISCAL.

Félix Herrero Abad
Fiscal del Tribunal Supremo
Barcelona, 18/11/2008

Introducción. Implantación del consentimiento informado.-

Hablando en términos jurídicos, siempre se ha de partir de la Constitución Española, a la que ha de mirar y someterse toda la legislación del Estado, bien sea de ámbito nacional u autonómico. Pues bien, el art. 1.1 de la Constitución consagra la libertad como valor superior, el art. 10.1 declara que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”* y en consonancia con ello, en el art. 15 nos dice que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”*.

El derecho a la *vida* es un derecho tan fundamental que sin él no existirían los demás derechos. Pero junto a él y como pilar de todo el ordenamiento jurídico, está la *libertad* como valor superior, que defiende la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Junto a este derecho, está el *libre desarrollo de la personalidad* que supone una constante proclamación de la libertad y de la autonomía de la persona.

Bajo los parámetros que acabamos de exponer, lógicamente, la relación médico paciente que estaba establecida, desde los tiempos de Hipócrates hasta casi nuestros días, era insostenible. Dentro de los Tratados Hipocráticos -Tratados sobre la Decencia- aconsejaba este filósofo ocultar al enfermo, durante la actuación médica, la mayoría de las cosas y a no mostrarle nada de lo que va a pasar ni de su estado actual.

Las primeras manifestaciones del *<consentimiento informado>* es decir, del deber del médico de informar al paciente de su situación, de poner en su conocimiento las diversas alternativas médicas que tiene y de darle la oportunidad de que escoja la que más le conviniere o ninguna de ellas, se produjo en la Inglaterra del siglo XVIII como manifestación del derecho a la libertad y a la dignidad de la persona humana dentro de un estado del bienestar en la justicia y en la igualdad. Pero fue en EE.UU. donde a finales de 1950 empezaron los jueces norteamericanos a preguntarse si los pacientes tenían derecho no solo a saber que es lo que se proponía el médico, sino también a decidir si una intervención resultaba aceptable a la luz de sus ventajas y riesgos y de las

alternativas disponibles o incluso si podían disponer no someterse a ningún tratamiento de los ofertados.

En España, un sucedáneo de *<consentimiento informado>* se reguló en el Reglamento para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de 1972, en el que se reconocía el derecho de los enfermos a autorizar, bien directamente o bien a través de sus familiares, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones médicas que implicaran un riesgo previsible, así como el derecho de ser advertidos de su estado de gravedad. Tal normativa, sin embargo, no implicó en la práctica, cambio sustancial en la relación médico-paciente, pues solo se obligaba a los médicos de la Seguridad Social no a la medicina privada y además el rango de la norma no era más que de Decreto, no de Ley.

La primera regulación legal del *<consentimiento informado>* se llevó a cabo por la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, ya promulgada dentro del periodo constitucional. Con la entrada de España en la Unión Europea, se han tenido que asumir sus tratados, uno de los cuales era el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 10 de diciembre de 1950, donde en el artículo 8.2 se recogía tal derecho.

Estas regulaciones no fueron seguidas de cambio de hábitos en la clase médica, por lo que tuvo que ser la Administración de Justicia, a través de sentencias -casi siempre condenatorias- la que fuese fijando los parámetros de derecho a emitir el *<consentimientos informado>*. El Convenio de Oviedo, ratificado y publicado en el BOE, vino a aclarar algo la situación pero no fue hasta que se publicó la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica de 14 de noviembre de 2002, (denominada Ley de Derechos de los Pacientes, LDP) cuando se pusieron la líneas de actuación claras en este punto. Esta ley ha venido a completar a la incompleta LGS, al tiempo que recoge alguna de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Bioética. Esta ley, en su Exposición de Motivos subraya la importancia que tienen los derechos de los pacientes, como eje básico en las relaciones clínico-asistenciales, destacando el derecho a recibir una información adecuada antes de prestar el consentimiento a la actuación médica.

Consentimiento informado: Requisitos y forma de prestarlo.-

La ley de Derechos de los Pacientes, define el *<consentimiento informado>* como “la conformidad libre, voluntaria y consciente, 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” (Art. 3). Asimismo, establece la necesidad de obtener el consentimiento antes de toda actuación en el ámbito de la sanidad, después de recibir el paciente una información adecuada que le permita decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles (arts. 2.2 y 3 y 8.1). También regula el derecho del paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados

por la Ley, debiendo constar la negativa por escrito. Todo ello, es consecuencia, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo, de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad personal y a decidir por si mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida. Es decir, a la *autodisposición sobre el propio cuerpo*. En palabras del Tribunal Supremo, la información correcta constituye un deber del médico y un derecho del paciente que tiene a su vez, derecho a que se le de, en términos comprensibles, a él o a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. **(Lo mismo dice la LGS en su art. 10.5)**. El Alto Tribunal considera esta información como una manifestación de la *lex artis* y su omisión constituye conducta negligente imputable al médico ya que la obligación no es delegable.

Como regla general, el consentimiento se ha de recabar del mismo paciente como lo prevé el Convenio de Oviedo **(art. 6.3)** y, siendo el paciente menor de edad, en la medida de lo posible, se debe contar con su parecer, atendiendo a su edad y grado de madurez.

Si bien la LGS **(art. 10.6)** exige que el consentimiento sea escrito, el consentimiento prestado por el paciente se manifiesta generalmente de forma verbal, debiendo hacerse constar en la historia clínica. Hay casos en los que la Ley exige el consentimiento por escrito por lo que, la información habrá de ser también por escrito ya que, si se consiente por escrito, deberá quedar acreditado que es a lo que se está consintiendo. Por lo tanto, la información al paciente será verbal cuando el paciente pueda consentir también oralmente y será necesario que conste por escrito la información para los casos en que la Ley exija que el consentimiento se preste también por este mismo medio. Ahora bien, no debe perderse de vista que la documentación obrante en la historia clínica que demuestre una relación constante médico-paciente puede suplir las formalidades del *<consentimiento informado>*, siempre que de esa historia se desprenda un contacto constante y fluido del que se deduzca que se ha transmitido la información y haya base suficiente para deducir que el paciente es consciente del alcance de la intervención a la que se somete. También la ausencia del documento en el que conste el consentimiento se puede suplir por otros medios de prueba como la testifical.

Debemos de tener en cuenta, además, que la normativa reguladora del consentimiento prevé su revocabilidad por el paciente, lo cual forma parte del derecho de todo paciente a negarse al tratamiento, salvo que concurren las causas que eximen al médico de recabar el consentimiento **(art. 10.9 de la LGS y art. 5 del Convenio de Oviedo)**.

No necesidad del consentimiento. Cobertura normativa.-

Efectivamente, existen unos supuestos en los que se exime al facultativo de recabar el consentimiento del paciente: Cuando la no intervención

suponga un grave riesgo para la salud pública; cuando la urgencia no permita demoras ante el riesgo de lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento; y cuando el paciente no está capacitado para tomar decisiones. (art. 10.6 a. b. y c. de la LGS y arts. 2 y 3 de la LMEMSP)

A nosotros nos interesa, para la materia que tratamos, solamente el primer caso, generalmente referido a personas capaces que pueden actuar por si mismas y que se niegan a dar su consentimiento. Lo que la doctrina denomina caso de falta absoluta de consentimiento.

A este respecto, la ley prevé como obligatoria la intervención, independientemente de la voluntad del sujeto, cuando el no actuar origine un grave riesgo para la salud pública. Determinadas razones superiores de protección de la salud pública pueden llegar a imponer ciertas medidas restrictivas, no solo para la autonomía de la decisión de los ciudadanos potencialmente transmisores de una enfermedad, sino incluso, para la libertad ambulatoria de los mismos o de determinados sectores sociales o, incluso, del conjunto de la ciudadanía.

Como señala la Declaración de los Derechos Humanos y Bioética, los tratamientos obligatorios en caso de enfermedades infecto-contagiosas, suponen una restricción permitida en aras a la protección de la salud pública (art. 26.1). En el mismo sentido se manifiesta la Ley de Derechos del Paciente cuando exceptúa del consentimiento, para la realización de cualquier intervención, en caso de existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, lo que supone la admisión de tratamientos obligatorios o coactivos ya que los intereses colectivos tienen prioridad frente a los individuales (art. 9.2.a de la LDP). Esta ley trata de arbitrar medidas en caso de riesgo para la salud pública, dando *cobertura normativa* a las intervenciones administrativas destinadas a proteger o restablecer la salud de los ciudadanos ante situaciones excepcionales o extraordinarias. Se trata de medidas destinadas directamente a la salud colectiva no a la salud individual. Así la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública de 1986 autoriza a las autoridades sanitarias competentes a 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 (art. 2 de la LMEMSP).

Tratamientos obligatorios o coactivos. Causa de justificación.-

En los casos acabados de referir, se ha de informar al paciente o grupo de riesgo y recabar su consentimiento para llevar a cabo las operaciones sanitarias pertinentes y prevenir el riesgo de contagio. Hemos dejado constancia de que estamos hablando de personas capacitadas para tomar sus propias decisiones. Por ello, si su respuesta es negativa bien a someterse al tratamiento, a las medidas de control sanitario o al internamiento hospitalario, la actuación médica podría ser constitutiva

de delito como las coacciones o las detenciones ilegales, a no ser que exista una *causa de justificación* que las legitime, en ciertos casos y con ciertos límites.

Los tratadistas apelan *al estado de necesidad* como causa que justifica tal actuar médico-sanitario. El estado de necesidad requiere la amenaza de producción de un mal (el contagio a otros individuos o sectores de la población) y que el mal que se cause para evitarlo (el tratamiento obligado de una persona o grupo) no sea mayor que el que se trata de evitar (la propagación de la enfermedad). En el estado de necesidad se lesiona un bien jurídico digno de protección y sin embargo el derecho transige tal lesión por la necesidad de proteger y salvaguardar otros intereses o bienes jurídicos que se consideran superiores. La equivalencia o superioridad de los intereses en juego, tendrán que venir avalados por la ley. En este caso, ya hemos indicado las leyes que avalan el tratamiento obligatorio y facultan al personal sanitario competente para llevarlo a cabo con o sin el consentimiento del afectado.

Vivimos dentro del ámbito comunitario de la Unión Europea donde rige el principio de libre circulación no solo para los ciudadanos europeos, sino también para los residentes de terceros países que ha dado lugar al resurgimiento de una enfermedad que se creía erradicada, cual es la Tuberculosis.

La desconfianza, la ignorancia, el miedo a la expulsión y otros varios factores, ha dado lugar a que muchas de las personas que la padecen no quieran voluntariamente someterse a los tratamientos médicos necesarios para su curación y evitación de contagio a otras personas.

Hay que partir de la base de que, en el derecho español no existe ningún delito ni falta que penalice tales actitudes del enfermo pues ya hace tiempo que se expulsó del Código Penal el antiguo delito de propagación maliciosa de enfermedades. También se ha de significar que las actuaciones médico sanitarias organizadas y llevadas a cabo por el personal médico competente, se han de encuadrar dentro de las actuaciones administrativas, como miembros de la Administración sanitaria a la que pertenecen.

Dijimos *ut supra* que el derecho a la vida, a la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos constitucionales que no han de ser desatendidos. El principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad se ha de enmarcar y condicionar en orden al respeto a la ley y a los derechos de los demás (**art. 10.1 de la CE**). La solución, en caso de conflicto, ha de buscarse más bien en el derecho de los demás. En la balanza de lesión de derechos individuales *versus* derechos de los demás, la balanza ha de inclinarse por estos últimos. Existe la *causa de justificación* del interés público y la cobertura normativa de las leyes. Por ello, la justificación de un tratamiento sanitario obligatorio se da cuando con él se trata de preservar la vida o salud de terceros. El libre ejercicio de los propios derechos cede cuando entran en juego los derechos de los

demás. La salud pública, pues, se erige en límite al derecho del libre desarrollo personal.

Según las normas referidas a la sanidad, el principio general es el de la voluntariedad de los tratamientos sanitarios, siendo la excepción el de la obligatoriedad para aquellos supuestos de riesgo para la salud de terceros, pues existen supuestos en que la actuación sanitaria será lícitamente posible incluso en contra la voluntad del afectado. Ya hemos indicado arriba en que leyes se recoge esta posibilidad. El caso que aquí nos interesa es el caso de riesgo para la salud pública por peligro de propagación de la Tuberculosis. En estos casos, el consentimiento del enfermo viene a ser un dato irrelevante a la hora de practicar el tratamiento adecuado, en el sentido de que se llevará a cabo incluso frente a una eventual resistencia del sujeto. Así pues, el peligro para la salud de los terceros viene a convertirse lo que en terminología jurídica se conoce como *presupuesto habilitante* para que la Administración sanitaria utilice sus facultades coactivas, llegando a la aplicación de la *vis física*, si fuera necesario, para preservar el estado de salud de los restantes ciudadanos o de alguno de ellos.

Ahora bien, para que una actuación sea conforme a derecho se necesita la concurrencia de otros requisitos que también vienen impuestos por el ordenamiento jurídico. Estos requisitos son formales y de fondo.

Los *requisitos formales* es que el supuesto esté previsto en una Ley anterior, generalmente Ley Orgánica en cuanto restringe derechos fundamentales. A este respecto, ya hemos señalado las leyes que eximen al personal sanitario de obtener el consentimiento del paciente después de haber puesto en conocimiento de este las posibilidades de tratamiento. Pero además, el tratamiento coactivo tiene cobertura legal en la **L.O. de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública de 14 de abril de 1986**. Esta L.O. solo tiene cuatro artículos de los que podemos transcribir tres que son los que interesan. **Art. 1º:** *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.* **Art. 2º:** *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.* **Art. 3º:** *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.* Esta ley significa una *habilitación legal o cobertura jurídica* para que las autoridades sanitarias puedan imponer verdaderos tratamientos

sanitarios obligatorios, en el caso de que así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Los *requisitos de fondo* se refieren a que la ley debe tener una finalidad sanitaria y no perseguir otro tipo de objetivos, debe ser respetuosa con la dignidad humana y existir una correspondencia entre el riesgo que se trata de prevenir y la medida sanitaria limitadora de la libertad que se trata de imponer. Las limitaciones han de ser las mínimas posibles y ser las más convenientes en sentido técnico, ya que no cualquier riesgo justifica la aplicación de medidas restrictivas a la libertad o al desarrollo de la personalidad. La *gravedad* y la *urgencia* son parámetros que ha de decidir la autoridad sanitaria en base a su pericia o *lex artis* y bajo su responsabilidad. Por lo tanto, cuando el riesgo para la salud pública discorra por cauces ordinarios y sea atajable o susceptible de control por los medios usuales que utiliza la Administración pública, no será posible invocar estas leyes para justificar la actuación.

Internamiento y confirmación judicial.-

A tener en cuenta que siempre que el interés sanitario conlleve el internamiento obligatorio y urgente, no consentido, de una persona capaz de decidir, deberá comunicarse tal hecho en el plazo de 24 horas a la autoridad judicial. La mejor forma de hacerlo es ponerse en contacto con el Médico Forense del Juzgado de Guardia a fin de informarle sobre las razones de urgencia o necesidad que se han tenido en cuenta para fijar el internamiento no consentido y que este, de inmediato o previa comprobación, lo ponga en conocimiento del Juez de Guardia para lograr la regularización jurídica y confirmación del internamiento decretado.