

MANUAL BIOÉTICO-LEGAL DE CONSULTAS EN SALUD SEXUAL Y CONTRACEPCIÓN

Autor:

Fernando Abellán-García Sánchez

Doctor en Medicina Legal por la Universidad Complutense de Madrid.

Director de Derecho Sanitario Asesores.

SEC

SOCIEDAD
ESPAÑOLA DE
CONTRACEPCIÓN



Índice

Presentación	7
Presentación. Dr. D. Fernando Abellan-García Sánchez	7
Presentación SEC. Dr. D. José Ramón Serrano Navarro	9
Prólogo. Prof. Dña. Lydia Feito	11
I.- Salud sexual y reproductiva del menor maduro y responsabilidad profesional	17
Introducción	18
Caso 1º: Mujer de 15 años que acude a un centro de salud para solicitar anticoncepción	19
Caso 2º: Mujer de 15 años que acude a consulta por sospecha de embarazo, sin que se dé cuenta a los padres de la atención prestada	22
Caso 3º: Discrepancia entre los padres para consentir la IVE de su hija menor de edad	24
Caso 4º: Padre que solicita prueba de virginidad de sus hijas menores de edad	26
II.- Consentimiento informado en el campo de la contracepción	29
Introducción	30
Caso 1º: Discrepancia entre madre e hija para la implantación de un DIU	31
Caso 2º: Mujer inmigrante que no comprende el idioma y mujer a la que su marido suplanta la voluntad	32
Caso 3º: Formalidad del consentimiento en el caso del DIU	34
Caso 4º: Participación de otros profesionales distintos al ginecólogo en el proceso de información sobre anticoncepción	35
III.- Intimidad e infecciones de transmisión sexual (ITS)	39
Introducción	40
Caso 1º: Petición de la mujer gestante de que se oculte al marido la posible infección por VIH del recién nacido y los tratamientos que se le van a aplicar	41
Caso 2º: Mujer que no quiere comunicar una serología positiva a su compañero sentimental	42
IV.- Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal	45
Introducción	46
Caso 1º: Responsabilidad profesional por fallo anticonceptivo y falta de información	47
Caso 2º: Responsabilidad profesional por la colocación de un DIU sin haber sido advertido por la paciente de que estaba embarazada	49
Caso 3º: Responsabilidad por riesgo prenatal no denunciado	49
V.- Documentación clínica	53
Introducción	54
Caso 1º: Conservación de los consentimientos informados cuando existe historia electrónica	55
Caso 2º: Cancelación de datos personales	56
Caso 3º: Queja de una paciente por estar accesible en su historia clínica el antecedente de una IVE	57
Caso 4º: Destino de los historiales médicos en caso de cierre de la clínica	59
VI.- Objeción de conciencia	63
Introducción	64
Caso 1º: Negativa del profesional a atender a una mujer una vez instaurado el proceso de IVE	65
Caso 2º: Esterilización de personas jóvenes	67
Caso 3º: La objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar la PDD	68
Bibliografía	71

Presentación

El presente manual está dirigido a solventar las dudas en materia de responsabilidad profesional que se suscitan en el quehacer diario de los médicos y enfermeras que se dedican a la anticoncepción, con un enfoque bioético y legal.

La orientación es eminentemente práctica pues, sin perjuicio de llevar a cabo una mínima e indispensable introducción de cada uno de los temas que se abordan, se trata de dar respuesta a situaciones concretas y reales puestas de manifiesto en congresos y reuniones científicas, así como a través de consultas realizadas por los socios de la Sociedad Española de Contracepción (SEC). Sin duda alguna, la casuística que se presenta en este campo médico viene dando lugar en los últimos tiempos a un cuerpo doctrinal propio, en el que las consideraciones de naturaleza ética y jurídica adquieren gran relevancia.

La Ley de salud sexual y reproductiva de 2010 supuso un hito muy importante en esta disciplina y no solo por la regulación que introdujo de la IVE, sino por el concepto de libertad sexual y reproductiva que consolidó. A destacar, la proclamación como principio básico el que, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.

Más recientemente, en 2015, una reforma del Código Penal incorporó novedades importantes en relación a los delitos contra la libertad sexual, entre las que figura la controvertida decisión de elevar la edad de consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años. Lógicamente esta variación impacta de manera sensible en la actividad profesional sanitaria y por eso su problemática se aborda en varios de los casos tratados en el manual. Desde otra perspectiva, la objeción de conciencia del profesional sanitario ha adquirido un desarrollo notable en los últimos tiempos, como lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2015 que la reconoció a un farmacéutico y en relación a la PDD.

En definitiva, se constata que el ámbito de la contracepción es muy dinámico y que en el mismo se suscitan asuntos polémicos y de gran trascendencia ética y legal, lo que habla por sí solo de la oportunidad de este manual, y del acierto de la SEC en promover su publicación.

Madrid, septiembre de 2016.



Dr. D. Fernando Abellán-García Sánchez.
Doctor en Medicina Legal por la Universidad Complutense de Madrid.

Presentación SEC

La colaboración entre Fernando Abellán y la Sociedad Española de Anticoncepción (SEC) se remonta a más de quince años atrás, esto ha permitido aprender por nuestra parte una forma no habitual de expresarse en nuestro medio (lenguaje jurídico) pero sobre todo por parte de Fernando empaparse de los temas referentes a la salud sexual y reproductiva (SSYR), no sólo su conocimiento en sentido amplio sino crítico y en profundidad.

El Doctor en Medicina Legal, Fernando Abellán, es una autoridad en España en la especialidad del Derecho Sanitario, a cuya consolidación como doctrina jurídica, ha contribuido de manera muy notable.

La legislación en esta materia ha ido cambiando en la última década, y en la actualidad se crean áreas de conflicto entre las mujeres y los profesionales de la SSYR, apareciendo nuevas situaciones que pueden judicializarse, y colocan al profesional en situación de desamparo con respecto a su actividad profesional comprometiendo su secreto profesional, y por otro lado el interés de la paciente como eje fundamental y último del acto médico.

Su aportación para establecer criterios, jurídicamente fundamentados, ha permitido protocolizar muchas actuaciones clínicas en materia de SSYR, siendo esto fundamental para la SEC, al ser nuestro campo de trabajo tan controvertido y discutido desde todos los puntos de vista: social, político, ideológico...

Desde la SEC hemos visto necesario realizar esta guía para que de forma explícita, concreta y clara se planteen estas situaciones controvertidas.

Para ello, Fernando Abellán ha realizado un trabajo de enorme valor para clarificar estas áreas de conflicto, directamente, correlacionando la legislación actual con la práctica clínica diaria en materia de SSYR, pragmático, claro y sencillo, siempre dejando en manos del profesional la decisión final, como sólo una persona que conoce en profundidad esta relación tan especial entre el paciente y el profesional de la salud, y que domina la interpretación de la legislación vigente, como es el autor de esta guía, lo puede hacer.

Gracias por tu trabajo, querido compañero.



Dr. D. José Ramón Serrano Navarro
Presidente SEC

Prólogo

El ejercicio profesional supone enfrentarse a situaciones complejas, en las que se pone a prueba no sólo el buen hacer técnico sino, sobre todo, un buen manejo de los valores en juego. Fernando Abellán nos ofrece en esta obra un conjunto de casos relativos a cuestiones de salud sexual y contracepción, analizados desde un punto de vista bioético-legal. A modo de manual, ofrece una interesante y útil guía para afrontar la toma de decisiones en este campo.

La salud sexual y reproductiva de las personas es un elemento esencial en la calidad de vida y en la configuración de una identidad personal que tiene que ver con las opciones sexuales, la gestión del ejercicio de la sexualidad, o la decisión sobre tener hijos o no, cómo y cuándo. Todos ellos temas capitales en la vida de las personas. Es por ello que, si el ámbito de la relación entre profesionales sanitarios y pacientes tiene que ser siempre un espacio de confianza, cuidado y respeto, en este tema en particular se hace especialmente importante un exquisito tratamiento de dicha relación y, por ende, de los conflictos que en ella puedan surgir. Y ello, principalmente, por ser un tema que afecta a un ámbito íntimo de la vida, imbricado con expectativas y miedos, con proyectos personales y familiares, y con la autonomía personal.

La salud sexual y reproductiva tiene su origen en la “Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas” que tuvo lugar en El Cairo el año 1994. Fue en esta conferencia donde se acuñó por primera vez este término, que asume la necesidad de un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de hombres y mujeres respecto a la sexualidad y la reproducción. En concreto, se define la salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia” (Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994, artículo 7.2). Esto implica el acceso a la información y los métodos de planificación familiar, el asesoramiento y la atención en materia de enfermedades de transmisión sexual, la asistencia sanitaria que permita tener embarazos y partos sin riesgo, ofreciendo las máximas posibilidades de tener hijos sanos y, por supuesto, la posibilidad de disfrutar de salud sexual, esto es, poder desarrollar la vida y las relaciones personales.

Lo que se consigue con este planteamiento es ampliar el derecho a la salud, reconociéndose la salud sexual y reproductiva como derecho. La cuestión no es baladí, pues este reconocimiento implica una llamada a la acción para evitar situaciones de injusticia y discriminación que afectan a la vida de las personas en materia de sexualidad y reproducción. Esto también supone un punto de inflexión en la consideración de las mujeres como sujetos que pueden y deben tomar decisiones en asuntos que les conciernen. La invisibilidad de las situaciones de opresión en que viven muchas mujeres, que no pueden decidir cómo ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, es un grave problema que debe ser atajado a través de la observancia de estos derechos humanos.

Prólogo

De hecho, el origen más remoto de los derechos sexuales y reproductivos se sitúa en el reconocimiento de los derechos humanos en la Declaración de 1948, donde se incluía el derecho a cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia (artículo 25.2). Pero no fue hasta 1978 cuando se incluyó la planificación familiar como un mínimo de la salud materna e infantil (en la Conferencia de Alma Ata). También esta idea es la que aparece en 1979, en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” de Naciones Unidas, donde se recoge el derecho a un “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”. La Conferencia de El Cairo, de 1994, supone una novedad respecto a estos precedentes, al abandonar la referencia a la salud materna e infantil para acuñar el término de Salud Sexual y Reproductiva.

Así, reconocer este derecho humano implica tomar conciencia de la importancia de este aspecto para la vida de las personas, asumir la dificultad de su ejercicio en situaciones de exclusión y discriminación, y promover conductas y acciones que impliquen un mayor ejercicio de autonomía por parte de las personas implicadas. Esto último es lo que ha venido a denominarse “empoderamiento”, es decir, dotar de un cierto poder autónomo a las personas para que puedan ejercer un control sobre su vida y sus decisiones.

La autonomía es la gran apuesta por la que debemos esforzarnos. Ganar autonomía supone hacerse cargo de la propia realidad, comprender las posibilidades y las limitaciones, y hacer un ejercicio de responsabilidad al tomar decisiones libres y voluntarias, asumiendo sus consecuencias. Sin duda, la promoción de la autonomía es un valor a defender en todas las sociedades, como modo más adecuado de fomentar la libertad, pero también la conciencia de la responsabilidad. La educación ostenta un papel primordial en esa promoción, pues la autonomía hay que aprenderla, entrenarla, y para ello es preciso, al menos, haber podido entender que los seres humanos tienen la capacidad de elegir, pero también la obligación de hacerlo, configurando un determinado proyecto de vida, del que deben hacerse responsables. Las elecciones que se van haciendo configuran nuestro presente y nuestro futuro, pero también a nosotros mismos, generando una cierta identidad moral, que nos define. Por eso la autonomía no es fácil. Exige un cuidadoso ejercicio de ponderación de las opciones, una apuesta valiente por los valores que se consideran importantes, un compromiso con su ejercicio a través de decisiones caracterizadas por la autenticidad y la coherencia, y una asunción de consecuencias desde la responsabilidad, para la que no siempre estamos preparados.

Pero además de lo personal, la autonomía sólo es posible en el marco de instituciones y sociedades que promuevan la libertad y la responsabilidad de los individuos. Lo colectivo –lo social, lo económico, lo político– afecta y posibilita, o impide, un ejercicio real de autonomía, capacitando para la decisión, ofreciendo marcos de deliberación y toma de decisiones, fomentando la responsabilidad de los ciudadanos, o todo lo contrario.

Prólogo

En ese complicado entramado de relaciones donde los individuos y los grupos tratan de desarrollar su autonomía se inscriben las relaciones entre profesionales sanitarios y pacientes, en el ámbito específico de la salud sexual y la contracepción, que es el que aquí nos ocupa. Dichas relaciones, como ya se indicó, han de estar regidas por el respeto, el cuidado y la confianza. Pero incluso en el mejor de los contextos, surgen conflictos. Los conflictos son situaciones de choque entre dos visiones, entre dos opciones, que generan un problema que exige solución. Y son inevitables. Forman parte de la dinámica de las relaciones humanas en un ámbito de pluralidad de valores y perspectivas, en el que no todos opinan de igual modo. Las opciones de vida diferentes generan una manera desigual de enfocar las cuestiones, unos intereses y valores que se estiman de diverso modo, y que, lógicamente, generan distintas decisiones que pueden entrar en conflicto. Los casos que se analizan en este libro muestran esa diversidad y esos conflictos.

Para afrontarlos es preciso tener en cuenta algunas claves: en primer lugar, todo conflicto de valores implica alguna toma de posición que afecta la vida de los individuos, se inscribe en un contexto, y genera consecuencias que deben asumir. Por ello ninguna solución puede descuidar los matices, las diferentes perspectivas y los elementos implicados. La cuidadosa ponderación de todo ello resulta imprescindible. En segundo lugar, cuando están en juego los valores, la mejor manera de afrontar el conflicto no es optar por uno de ellos, intentar jerarquizarlos, o tratar de determinar cuál es el más importante, pues esto depende de cada visión particular, y ninguna puede erigirse como la más acertada. Los valores son elementos de estimación que resultan importantes siempre, y su pérdida es algo a evitar. Por ello, la exigencia que se nos impone es tratar de proteger todos los valores, no renunciar a ninguno de ellos, buscar vías de solución que puedan conciliar de algún modo todos los valores y perspectivas, en la medida en que esto sea posible. Por estas dos razones, es esencial realizar un ejercicio de deliberación, en el que se busquen posibles soluciones desde el respeto a la diferencia y el intento de salvaguardar todos los valores e intereses.

En este ejercicio, los elementos normativos aportan un elemento adicional: los mínimos que han sido regulados y que establecen garantías para la defensa de ciertos valores. Las leyes son salvaguardas para la protección de los derechos y, por tanto, expresan la voluntad de una sociedad de realizar determinados valores. Así, aunque el ámbito de la ética y el del derecho son diferentes, coinciden en tratar de proteger valores. En el primer caso por la vía de la promoción y el fomento a través de la concienciación y la educación, en el segundo caso, por la vía del establecimiento de límites normativos, y la posibilidad de la sanción.

Los casos que aquí se analizan son buena muestra de la riqueza y complejidad del ámbito de la salud sexual y la contracepción, de la necesidad de ponderar los muchos elementos y matices que entran en juego en la toma de decisiones, de la exigencia de buscar soluciones que salvaguarden valores. La norma no puede ser un mero instrumento del que se pueda esperar que establezca lo permitido y lo prohibido. Más allá de eso, debe verse como un espacio de posibilidades en el que se protegen ciertos valores, y, sobre todo, como algo que no exime de la exigencia de deliberación desde el punto de vista ético. Es falsa la convicción de que la ley acaba y elimina la ética. Lo normativo es parte de la reflexión ética, aunque no se agota en ella, no la descarta ni suprime, y requiere de un pormenorizado y exhaustivo análisis de los factores, circunstancias y consecuencias

Prólogo

de las situaciones en conflicto. Al escrutar los casos para comprender sus matices, son los valores lo que tratamos de proteger, y la ley nos ofrece marcos de actuación que, sin embargo, no excluyen la responsabilidad moral.

Los profesionales tienen una doble responsabilidad: moral y legal. No basta con cumplir los preceptos legales, además deben buscar la acción más respetuosa, el mejor cuidado y atención a los pacientes, la mejor relación clínica basada en la confianza, el mejor balance de riesgos y consecuencias. En definitiva, además de actuar de modo correcto, deben buscar el mejor modo de actuar. Y eso supone mucho más que el mero cumplimiento de la ley.

Quienes tengan interés en este campo de la salud sexual y la contracepción sin duda encontrarán mucha luz a través del estudio de los casos que aquí se presentan. Descubrirán en esta obra un cuidadoso análisis de conflictos, en los que se intenta buscar una solución bien argumentada, habiendo ponderado todos los factores en juego. Aunque el énfasis se sitúa en el aspecto legal, esto no obsta a la consideración de elementos de valores que están en la base de las consideraciones que llevan a tomar una decisión.

Muchos de estos casos muestran cómo el ejercicio de la autonomía es complejo, tanto por parte del paciente o usuario, como por parte de los profesionales, y cuán difícil es buscar una solución ponderada cuando hay valores implicados. Por eso este libro es tremendamente útil, y una gran aportación en este campo, porque desde la realidad de los casos, desde el ejercicio práctico de su análisis, se ofrecen guías para afrontar esta complejidad y, de fondo, se invita a una reflexión sobre los conflictos de valores y la necesidad de un abordaje minucioso y prudente.



Prof. Dña. Lydia Feito
Presidenta de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica



I.

Salud Sexual y Reproductiva
del Menor Maduro y
Responsabilidad Profesional

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

Introducción.

Cuando se habla del “menor maduro” se está aludiendo a un concepto que, además de tener una base científica y psicológica, tiene su fundamentación tanto en el plano bioético como jurídico. Se trataría de un menor de edad con capacidad suficiente para tomar sus decisiones en relación a una actuación concreta (el menor maduro puede serlo para unas cuestiones y no para otras). La doctrina del menor maduro aboga en esencia por reconocer su capacidad de decisión en asuntos determinados de manera progresiva, es decir, en función de su edad, grado de madurez, desarrollo y evolución personal.

La mayoría de edad civil está situada en España en los 18 años, en virtud de lo establecido en la Constitución Española de 1978. Existe una norma general sobre menores, que es la Ley orgánica de protección jurídica del menor¹, donde se contempla el derecho de este último a ser oído en los procesos que le afecten a partir de los doce años cumplidos, que es cuando se presume madurez suficiente.

Lógicamente, dentro de este Manual el mayor interés lo tienen las normas propias del campo médico donde se contempla la situación del menor maduro respecto de la asistencia sanitaria. La más relevante de ellas sería la Ley básica de autonomía del paciente², que es la disposición estatal donde, en síntesis, se establecen los siguientes criterios generales:

1º.- La mayoría de edad sanitaria se establece en los 16 años. En principio esta es la edad para consentir por sí mismo la asistencia sanitaria.

2º.- Por debajo de los 16 años podrá el menor tomar también sus decisiones si, a juicio del facultativo, es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Esta situación tiene sus particularidades cuando hablamos de la salud sexual, como se dice más abajo de estas líneas.

3º.- No obstante lo comentado en los dos puntos anteriores, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión de este último³.

Ahora bien, los mencionados criterios generales tienen sus excepciones en tres situaciones concretas relacionadas con la salud sexual y reproductiva de los menores:

1º.- En la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), para la que se exige la mayoría de edad civil, es decir, los 18 años cumplidos⁴.

2º.- En el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, que igualmente requieren tener 18 años de edad⁵.

¹ Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE nº. 15, de 17 de enero de 1996).

² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

³ Esta previsión quedó establecida así a raíz de la variación de la citada Ley 41/2002, que introdujo la Disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº. 180, de 29 de julio de 2015).

⁴ Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 227, de 22 de septiembre de 2015). Esta ley varió la Ley 41/2002, para establecer la exigencia de la mayoría de edad.

⁵ Art. 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº. 126, de 27 de mayo de 2006).

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

3º.- Para consentir válidamente las relaciones sexuales, cuya edad está establecida en los 16 años de edad⁶.

En estos supuestos, que se desarrollarán dentro del presente Manual, el profesional de la anticoncepción tiene que tener en cuenta que el legislador ha situado la capacidad para consentir los tratamientos en edades concretas y determinadas, y que, por tanto, no hay margen para la interpretación flexible y personal. Si la paciente no tiene las edades marcadas en la ley, el consentimiento tiene que ser prestado por su padres o representantes legales, con los que hay que contar para esta cuestión.

Caso 1º: Mujer de 15 años que acude a un centro de salud para solicitar anticoncepción.

Los profesionales que trabajamos en salud sexual y reproductiva de adolescentes necesitaríamos orientación sobre la indicación de tratamientos anticonceptivos en menores de 16 años, en cuanto a nuestra cobertura legal, ya que desde el cambio de la ley de 2015 ésta no autoriza las relaciones sexuales en menores de 16 años.

En el año 2015 se introdujeron modificaciones importantes en los delitos contra la libertad sexual para luchar contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁷. Entre las novedades más relevantes destaca la elevación de la edad del consentimiento sexual de los trece años a los dieciséis años, de forma que, a raíz de esta variación, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años se considera, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. El que llevare a cabo la citada conducta, de acuerdo con el Código Penal, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años⁸.

Como consecuencia de lo anterior, se plantea el interrogante de si el profesional de la anticoncepción puede atender a una menor de 16 años que acude a consulta para solicitar un tratamiento anticonceptivo porque mantiene relaciones sexuales, sin necesidad de que consientan los padres la actuación médica y sin informales de la situación. No cabe duda de que si se pide a la menor que llame a sus padres puede decidir no volver y resultar perjudicada su salud sexual y reproductiva, especialmente por el riesgo de que mantenga relaciones no seguras. Pero, al mismo tiempo, el profesional no puede desconocer la ley e ignorar que la menor no puede consentir por sí misma válidamente las relaciones sexuales, y que si relata que las está teniendo en ese momento existe una presunción legal de que está siendo víctima de un abuso sexual mientras no se demuestre lo contrario.

⁶ Art. 183.1 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁷ Ver la citada Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁸ Art. 183.1 del Código Penal.

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

El escenario descrito traslada al profesional de la anticoncepción una responsabilidad difícil de gestionar, en la que confluyen valores enfrentados: por un lado, la confianza con la paciente y la preservación de su intimidad personal, aspectos fundamentales de la relación clínica; y, por otro lado, la obligación de protegerla ante un presunto abuso sexual dando cuenta a sus padres para que puedan tomar las medidas oportunas.

Los médicos tienen por ley la obligación de denunciar los hechos que puedan constituir un delito⁹, pero siempre que se trate de delitos públicos¹⁰ y lo cierto es que el abuso sexual no tiene esa calificación ya que el Código Penal hace hincapié en que para proceder por este delito es preciso la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o, en el caso de menores de edad, del Ministerio Fiscal¹¹. Es decir, corresponde fundamentalmente a los padres de la menor reaccionar y denunciar lo ocurrido, o bien, en su defecto, al Ministerio Fiscal. El problema entonces radica en que los padres preferiblemente o, en su caso, el Ministerio Fiscal, tienen que poder conocer lo sucedido y para ello alguien les tiene que informar.

En definitiva, ante una situación como la descrita en el supuesto clínico objeto de análisis el profesional de la anticoncepción no tiene por qué denunciar, pero sí, inevitablemente, tomar medidas para que la existencia de las relaciones sexuales pueda ser conocida por los padres de la menor y, estos últimos, activar, en su caso, los mecanismos de protección que procedan (ya se ha dicho que no es lo mismo que esas relaciones sexuales sean con un joven de la misma o parecida edad a que lo sean con un adulto). La recomendación de entrada ha de ser la de dar la oportunidad de que sea la propia menor la que gestione este asunto con sus padres, pues una cosa es que el ordenamiento jurídico no le reconozca capacidad para consentir las relaciones sexuales y otra distinta que no pueda participar en el proceso de información sobre los aspectos clínicos y legales que le afectan¹².

Es muy importante que el facultativo informe a la menor de su obligación profesional de velar por esta cuestión y que de ello deje constancia en la historia clínica, advirtiéndole que para la instauración de un tratamiento anticonceptivo dirigido a mantener relaciones sexuales seguras se tiene que contar con el consentimiento de sus padres o representante legal, alguno de los cuales debe venir a consulta. Para los casos en que la menor no hiciera caso de estas prevenciones, debería existir en los centros un protocolo de comunicación a los padres o representantes legales que fuera lo más respetuoso posible con la confidencialidad que exige este tipo de información.

En resumen sobre este asunto, las recomendaciones desde la perspectiva legal serían las siguientes:

- 1).- Mantener la entrevista clínica con la menor y realizarle el asesoramiento anticonceptivo que corresponda para evitar incurrir en la desatención.
- 2).- Informar objetivamente a la menor de la situación legal que se produce, es decir, de que

⁹ Art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁰ Los delitos públicos son aquellos que, con carácter general, son perseguibles por el Fiscal sin necesidad de que el afectado haga denuncia. El abuso sexual no estaría encuadrado en esa categoría en la medida en que el Código Penal considera precisa la actuación de la persona agraviada o su representante, aunque también pueda intervenir el Ministerio Fiscal a través de una querrela (ponderando los intereses en presencia) o, incluso, de una mera denuncia si se trata de menores de edad, incapaces o personas desvalidas.

¹¹ Art. 191.1 del Código Penal.

¹² Art. 5.2 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

el Código Penal fija la edad para consentir válidamente las relaciones sexuales en los 16 años cumplidos, y de que, al no alcanzar esa edad, hay una presunción legal de que sus relaciones sexuales constituyen un abuso sexual de la otra parte con quien las esté manteniendo.

3).- Informarle de que, como consecuencia de la previsión normativa anterior, para instaurar un tratamiento anticonceptivo dirigido a mantener esas relaciones sexuales debe venir con alguno de sus padres o representantes legales para que lo consientan.

4).- Informarle de que el profesional tiene obligación de asegurarse de que sus padres o representantes legales conocen la situación, dándole la oportunidad a la menor de que sea ella la que se lo transmita. Solo en caso de que se niegue o no lo realice en un corto espacio de tiempo que se hubiera pactado con ella, activar el mecanismo o protocolo que proceda para que la información llegue a sus padres o representantes legales o, en ausencia de estos últimos, al Ministerio Fiscal.

Cabría contemplar que el profesional obviara el punto 4 si llegara al convencimiento de que las relaciones sexuales de la menor lo son voluntariamente con alguien de su misma edad, grado de desarrollo o madurez (por ejemplo, compañeros del instituto), que es el supuesto en que se descarta el delito de abuso sexual, valoración que puede ser comprometida y que en última instancia correspondería al juez. La recomendación para este supuesto es que si se asume esa postura, se haga solo en el supuesto de que la persona con la que la menor mantiene las relaciones sexuales no sea un mayor de edad (18 años cumplidos).

De la manera de proceder en cada caso sería aconsejable dejar constancia en la historia clínica, con el fin de que se pudiera justificar en todo momento que se actuó correctamente.

Hay que tener en cuenta que si el profesional guarda para sí el conocimiento de las relaciones sexuales de la menor de 16 años y la prescripción de un tratamiento anticonceptivo para seguir manteniéndolas, y no se cerciora del consentimiento de los padres, podría verse ante una reclamación de estos últimos que se enteraran de la situación a posteriori. Desde el punto de vista jurídico, la defensa del profesional sería delicada no tanto por no haber denunciado los hechos, ya que como se ha dicho no tiene obligación de denunciar, sino porque habría dado por válido el consentimiento informado de una menor de edad para un tratamiento con una finalidad (mantener relaciones sexuales) respecto de la que la ley dice que no tiene capacidad para consentirla por sí misma, y además, porque al no informar a los padres su hija habría quedado sin protección frente a un abuso sexual.

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

Caso 2º: Mujer de 15 años que acude a consulta por sospecha de embarazo, sin que se de cuenta a los padres de la atención prestada¹³.

Acudió a la consulta de una doctora del turno de mañana una muchacha, a la que acompañaba una amiga de 15 años que no estaba citada, ni siquiera la doctora era su médico habitual. No obstante, la amiga 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 amiga 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. Asimismo, le proporcionó información sobre a dónde debía dirigirse si decidía realizar una IVE, 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 con la directora del centro. La reclamación decía así: “El médico le realiza una analítica de orina como urgencias con resultado positivo de embarazo. Nos enteramos los padres casi tres meses más tarde, el médico que realizó la analítica no nos llama siendo mi hija menor de edad a pesar de que creo que el medico está obligado a informar a los padres. Ante esta situación pido explicaciones antes de tomar medidas legales”.

En la entrevista el padre manifiesta su disconformidad con el hecho de que no se hubiera puesto en su conocimiento el embarazo de su hija, del que no se había enterado hasta hace unos días cuando estaba ya de 15 semanas.

También que este hecho había impedido la 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.

Por lo que se refiere a la forma concreta de realizar la comunicación a los padres o representantes, cuando ésta sea necesaria, es decir, a si debe hacerse citándoles a una entrevista, o por teléfono o carta, a través del médico de familia o de la trabajadora social, etc., se trata de una cuestión organizativa que, salvo que hubiera una Instrucción general del Servicio de Salud, debe consensuarse y protocolizarse en los centros.

Finalmente, debe aludirse a los casos de parejas jóvenes de etnia gitana, que afirman ser un matrimonio, y en las que la mujer no alcanza la edad de 16 años, para resaltar que desde julio de 2015 no se permite en España contraer matrimonio a los menores de 16 años, al no poder accederse a la emancipación antes de esa edad, por lo que estos supuestos no serían una excepción a lo comentado anteriormente”¹⁴.

¹³ Caso obtenido del Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa on line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales (Director Javier Sánchez-Caro), Servicio Madrileño de Salud, Comunidad de Madrid, 2009, 69-73.

¹⁴ El art. 46 del Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Por su parte, los arts. 317 y siguientes del Código Civil exigen tener 16 años cumplidos para que pueda concederse la emancipación, bien por los padres o por el juez. El art. 316 que sostenía que el matrimonio producía de derecho la emancipación fue derogado por la disposición derogatoria única, apartado 2, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº. 158, de 3 de julio de 2015).

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

En este caso clínico son varias las cuestiones que pueden plantearse:

a).- 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.

b).- Si 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 le represente legalmente.

Sobre este aspecto puede afirmarse que la actuación médica consistente en la realización de la prueba de embarazo por sí misma no puede calificarse de grave riesgo para la vida o salud de la menor. Tampoco en este caso, como sí sucedía en el anterior, lo que se pretende consiste en un tratamiento anticonceptivo dirigido a mantener relaciones sexuales. Por este motivo, de acuerdo con los criterios generales de la Ley básica de autonomía del paciente, correspondería al facultativo valorar la capacidad intelectual y emocional de la chica¹⁵ y decidir la validez de su consentimiento informado para realizarse la analítica, lo que en principio cabría aceptar ya que se ve que se trata de una menor preocupada por su situación que acude a consulta y, en ese sentido, actúa de manera responsable.

c).- Si la doctora puede haber incurrido en algún tipo de responsabilidad por no informar a los padres. También cabe reflexionar acerca de si en el supuesto de que la chica se negara a dar su consentimiento para que se informara a sus progenitores, y el médico lo hace, se habría cometido un delito de violación del secreto profesional.

Esta cuestión nos remite a lo tratado en el caso clínico anterior. El embarazo de la menor delata lógicamente la existencia de unas relaciones sexuales que, por la edad que tiene, se presumen consecuencia de un abuso sexual porque no tenía capacidad legal para consentirlas. Si no se dan pasos para que los padres conozcan lo sucedido, el profesional podría ser acusado de impedir o retrasar la activación de la protección de la menor, en particular la formulación, en su caso, por los padres de una denuncia contra el varón con el que las hubiera mantenido. Como se dijo anteriormente, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años se considera, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez¹⁶.

Además, en este supuesto concurre otro factor añadido que hace más relevante asegurarse del conocimiento paterno, como es el de permitir que la familia sopesa con su hija la posibilidad de recurrir a la IVE y lo pueda hacer dentro de los plazos en que existe libertad para ello de acuerdo con lo previsto en la Ley de salud sexual y reproductiva y de la IVE¹⁷. En el caso clínico, según afirma el padre, la familia se enteró a las 15 semanas, es decir, cuando ya se habían superado las

¹⁵ Art. 9.3 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

¹⁶ Art. 183.1 del Código Penal.

¹⁷ Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

14 primeras semanas de gestación, que es el plazo que marca la citada ley para poder practicar la IVE a petición de la embarazada.

En definitiva, la falta de comunicación a los padres del embarazo de la menor sí podría acarrear consecuencias jurídicas al profesional del caso clínico analizado pues los padres, aparte de la queja correspondiente, podrían exigir una indemnización de los daños y perjuicios que pudieran demostrar haber padecido. Bien es cierto que si el profesional trabaja en un centro del sistema público el tipo de responsabilidad que se reconocería sería de tipo patrimonial, es decir, una responsabilidad institucional del Servicio de Salud a pagar por la Administración sanitaria. Por el contrario, si los hechos se produjeran en el ámbito de la medicina privada, de la indemnización que se decretara podría responder tanto el profesional como la clínica en la que éste trabajara.

Respecto de la hipótesis de que el médico fuera acusado de un delito de violación del secreto profesional a instancia de la menor, por revelar su embarazo, habría que descartarla por cuanto del Código Penal se deriva indirectamente la procedencia de que los padres o representantes legales estén enterados de las relaciones sexuales de la menor. Además, la propia menor por sí misma no podría interponer la denuncia al no ser mayor de edad civil.

Caso 3º.- Discrepancia entre los padres para consentir la IVE de su hija menor de edad.

Agradecería aclarar algunas dudas sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo de 2015 en relación a menores de 18 años.

Actualmente, ¿son necesarias las firmas de los dos padres o con una es suficiente?

Si los padres están separados y ninguno de los dos tiene la tutela del menor, sólo su guardia y custodia, ¿qué firmas se necesitan? Si uno de los dos tiene la tutela, ¿es suficiente con la firma de éste?

En caso de que no haya separación de los cónyuges y sean necesarias las dos firmas, pero uno de los padres esté en el extranjero, ¿cómo se puede solucionar?

A través de una Ley orgánica de 2015 sobre refuerzo de la protección de las menores en la IVE¹⁸, se introdujeron variaciones importantes en la Ley orgánica de 2010 de salud sexual y reproductiva y de la IVE¹⁹, y en la Ley básica de autonomía del paciente²⁰, para exigir el consentimiento expreso de los representantes legales en los supuestos de IVE de menores de edad, además de la manifestación de voluntad de la propia afectada.

Como es sabido, antes de esa reforma se establecía que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años el consentimiento para la IVE les correspondía exclusivamente a ellas de acuerdo con el

¹⁸ Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 227, de 22 de septiembre de 2015).

¹⁹ Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la IVE (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

²⁰ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Y, también, que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades debía ser informado de la decisión de la mujer, salvo cuando la menor alegare fundadamente que esto le iba a provocar un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produjera una situación de desarraigo o desamparo²¹.

Tras la modificación normativa de 2015, aparte de la mencionada manifestación de voluntad de la menor, se exige el “consentimiento expreso de sus representantes legales”²² (en plural), es decir, de los titulares de la patria potestad. A raíz de esta variación, debe entenderse que, como regla general, es preciso la conformidad tanto del padre como de la madre. Para otro tipo de asistencia sanitaria, el médico puede presumir la conformidad de ambos progenitores si solo aparece uno de ellos con la menor, pero no en el caso de la IVE. Si el padre o madre está en el extranjero pero es fácilmente localizable lo suyo es solicitarle que remita su consentimiento por fax u otro medio telemático acompañado de copia de su DNI, de forma que pueda constatarse que lo ha prestado. Ahora bien, puede ocurrir que se trate menores de padres inmigrantes en los que se dé la circunstancia de que uno de los dos esté en otro país y no se le localice fácilmente, en cuyo caso se aplicaría la excepción contemplada en el Código Civil de ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, y sí sería suficiente con el consentimiento del otro progenitor, es decir, de uno solo de ellos.

En caso de conflicto entre los progenitores, la discrepancia debe resolverse de acuerdo con las reglas de ejercicio de la patria potestad contenidas en el Código Civil, que determinan que cualquiera de los dos puede acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre²³. Es decir, si el facultativo comprueba que los padres no se ponen de acuerdo, debe informarles de que tienen que acudir al juez para que zanje la situación y determine a quién corresponde tomar la decisión para la IVE.

También deben seguirse las reglas del Código Civil si los padres viven separados. En este caso la citada norma manifiesta que la patria potestad (que conlleva la representación legal) se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, por lo que el facultativo puede aceptar la firma solo del padre o madre con quien viva habitualmente la menor. Ahora bien, esta regla puede verse alterada si se hubiera dictado una resolución judicial que determinara la atribución conjunta de la patria potestad (o la distribución de cometidos), por lo que es importante que el médico pregunte y pida la documentación correspondiente a los padres separados para saber si tienen que firmar los dos o uno solo, y en caso de duda solicite que lo hagan ambos.

²¹ Apartado cuarto del art. 13 de la Ley orgánica 2/2010, suprimido por la mencionada Ley orgánica 11/2015.

²² Así lo dice literalmente el art. 9.5, párrafo segundo, de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente, en su redacción dada por la citada Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre: “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.

²³ Art. 156 del Código Civil.

I. Salud Sexual y Reproductiva

del menor maduro y responsabilidad profesional

Igualmente, bastaría la firma de uno solo si al otro progenitor le hubieran retirado la patria potestad (no sería ya representante legal) y en los casos de fallecimiento o incapacidad de cualquiera de ellos. Si tanto el padre como la madre tienen retirada la patria potestad, el otorgamiento del consentimiento corresponderá a la Institución oficial de protección del menor a la que se haya conferido la representación legal, que habrá de prestarlo a través de su titular o persona con facultades suficientes.

Caso 4º.- Padre que solicita prueba de virginidad de sus hijas menores de edad.

Acude al hospital público un padre de etnia gitana con sus dos hijas de 13 y 15 años y pide que se les practiquen las pruebas que procedan para que se le confirme si son todavía vírgenes. ¿Tiene el ginecólogo obligación de llevarlas a cabo?

En este caso clínico hay varios aspectos a tener en cuenta: la protección de la intimidad de las menores, su capacidad de decisión en relación con el alcance de la representación legal de los padres y la obligatoriedad para los profesionales de realizar este tipo de pruebas.

El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales recogido en la Constitución Española de 1978²⁴, y su protección debe extenderse también a los menores de edad, tal y como expresamente lo indica la Ley orgánica de protección del menor²⁵. Este derecho pasaría por no exponerles a exploraciones médicas que no sean necesarias para su salud o que puedan resultarles denigrantes, como podría suceder en el caso clínico planteado.

La autonomía del menor en relación a la pretensión del padre sería otro factor a considerar. Como se expondrá en el apartado siguiente de este Manual, donde se trata del consentimiento informado, aunque la mayoría de edad sanitaria está fijada en los 16 años, por debajo de esa edad cabe también considerar maduro al menor siempre que a juicio del facultativo tenga capacidad emocional e intelectual para comprender el alcance de la intervención. En presencia de un menor maduro su opinión es también un elemento a considerar para la toma de decisiones, que puede incluso adquirir mayor peso que la voluntad de los padres, salvo que se trate de situaciones de grave riesgo para la salud.

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de los profesionales del hospital público de realizar este tipo de pruebas, la respuesta es que no procede llevarlas a cabo en modo alguno pues la constatación de la virginidad no es una de las prestaciones incluidas en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. En materia anticonceptiva la prestaciones incluidas son, en la atención primaria, la indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y el asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e IVE²⁶; y en la atención especializada, la información, indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos, incluidos los dispositivos

²⁴ Art. 18.1 de la Constitución Española de 1978.

²⁵ Art. 4 de la Ley orgánica 1/996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE nº. 15, de 17 de enero de 1996).

²⁶ Apartado 6.3.2 del Anexo II, relativo a la cartera de servicios comunes de atención primaria, del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE nº. 222, de 16 de septiembre de 2006).

I. Salud Sexual y Reproductiva del menor maduro y responsabilidad profesional

intrauterinos, así como la realización de ligaduras de trompas y vasectomías, de acuerdo con los servicios de salud, y excluida la reversión de ambas²⁷.

En consecuencia, no procede en la medicina pública realizar pruebas en una menor por la mera petición de los padres, sin que obedezcan a una indicación médica determinada y sin que estén incluidas en la cartera de servicios. Cuestión distinta sería si la constatación de la virginidad de las menores hubiera sido decretada por un juez que estuviera instruyendo unas diligencias penales por posible abuso sexual, pues entonces el centro público sí podría verse obligado a practicar las pruebas para colaborar con la Administración de justicia.

²⁷ Apartados 5.3.7.2 y 5.3.7.3 del Anexo III, sobre cartera de servicios comunes de atención especializada, incluido dentro del mismo Real Decreto citado anteriormente.

II.

Consentimiento Informado en el campo de la Contracepción

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

Introducción.

El consentimiento informado es el exponente principal del principio de autonomía del paciente y un valor de primer orden en la sociedad española de nuestro tiempo, que ha trascendido incluso lo que es el ámbito sanitario. Tanto el Tribunal Supremo en 2001²⁸ como el Tribunal Constitucional en 2011²⁹, han conectado abiertamente el consentimiento informado con derechos fundamentales de la Constitución de 1978, en particular con el derecho a la libertad, a la autodeterminación, a la integridad física y a la dignidad humana.

El Tribunal Supremo afirmó que el consentimiento informado encuentra su fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

En el ámbito asistencial el consentimiento informado está regulado, con carácter general, principalmente en la Ley estatal básica de autonomía del paciente de 2002³⁰, pero también en numerosas disposiciones autonómicas que la complementan³¹. En la primera de ellas se proclama 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 disponible haya valorado las opciones propias del caso³². A su vez, se define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud³³.

En el terreno específico de la salud sexual y de la contracepción, el consentimiento informado se contempla en la Ley de salud sexual y reproductiva y de la IVE, de 2010, donde se establece, por un lado, que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; y, por otro lado, se reconoce el derecho

²⁸ Sentencia 3/2001, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 12 de enero de 2001, y también de la misma Sala, Sentencia 447/2001, de fecha 11 de mayo de 2001.

²⁹ Sentencia 37/2011, del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011, Sala Segunda, Fj. 5 (BOE nº. 101, de 28 de abril de 2011).

³⁰ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

³¹ A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes disposiciones autonómicas específicas sobre la materia: Decreto 147/2015, de 21 de julio, que aprobó la Declaración sobre Derechos y Deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi (BOPV nº. 174, de 4 de agosto de 2015); Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra (BON nº. 139, de 15 de noviembre de 2010); Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en salud de Castilla-La Mancha (BOE nº. 248, de 13 de octubre de 2010); Ley 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (BOE nº. 34, de 9 de febrero de 2011); Orden de 28 de febrero de 2005, de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se aprueba la Carta de los derechos y de los deberes de los pacientes y usuarios del Sistema Canario de la Salud (BOC nº. 55, de 17 de marzo de 2005); Ley 3/2005, de 8 de julio, de información y autonomía del paciente de Extremadura (DOE nº. 82, de 16 de julio de 2005); Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana (DOGV nº. 4430, de 31 de enero de 2003); Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, en Castilla León (BOE nº. 103, de 30 de abril de 2003); Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de Galicia (BOE nº. 158, de 3 de julio de 2001); Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica de Cataluña (DOGC nº. 3303, de 11 de enero de 2001).

³² Art. 8.1 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

³³ Art. 3 de la misma Ley 41/2002 (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

a la maternidad libremente decidida³⁴. De estas previsiones se deriva de manera específica el derecho de aceptar o rechazar los tratamientos anticonceptivos o la IVE, así como a elegir entre las alternativas terapéuticas disponibles.

En otro orden de cosas, es importante tener presente siempre que el consentimiento informado debe ser entendido como un proceso eminentemente verbal o dialógico, en el que debe producirse una entrevista clínica en la que el profesional y la paciente puedan conversar. Esto no debe olvidarse tampoco en los supuestos en que la ley exige la formalidad escrita para documentar el consentimiento informado, pues lo escrito no tiene que entenderse como algo alternativo o sustitutivo a lo verbal y que faculte para prescindir de esta modalidad, sino que es en todo caso complementario. Es decir, cuando legalmente procede materializar un consentimiento informado por escrito (la intervención quirúrgica sería el caso más claro), tiene que producirse la entrevista clínica para la información, más la entrega y suscripción del protocolo de consentimiento informado.

Por último, con el fin de prevenir las reclamaciones por falta de información, es muy recomendable que el profesional sanitario deje siempre constancia en la historia clínica de que procedió a facilitar la información correspondiente, y ello tanto si la intervención exige o no la formalidad escrita del consentimiento informado. Existe una presunción de veracidad de las anotaciones de los profesionales en la historia clínica siempre que las mismas estén realizadas en un momento temporal coincidente con los tratamientos a los que se refieren, es decir, en tiempo no sospechoso.

Caso 1º.- Discrepancia entre madre e hija para la implantación de un DIU.

Madre que acude con su hija de 16 años para ponerle un DIU, pero la hija no quiere. Al ser menor de edad civil, ¿debe el ginecólogo hacer caso a la madre?

La norma de referencia en estos casos es la citada Ley básica de autonomía del paciente, en concreto el precepto que establece la mayoría de edad sanitaria en los 16 años, siempre que no tenga su capacidad intelectual o emocional reducida de hecho o por una resolución judicial³⁵. Es decir, que si la mujer de 16 años tiene una madurez normal es a ella a quien corresponde aceptar o no un tratamiento médico, sea anticonceptivo o de cualquier otra naturaleza. Por otro lado, ya se ha visto en los casos clínicos anteriores que los 16 años es la edad a partir de la cual se pueden consentir válidamente las relaciones sexuales.

La mencionada Ley básica de autonomía del paciente establece como excepción a la prestación del consentimiento informado de los menores de edad civil (18 años), cuando se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o su salud, según el criterio del facultativo. En este supuesto, que no se da respecto de la colocación de un DIU, el consentimiento debe prestarlo el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión³⁶.

³⁴ Art. 3, apartados 1 y 2, de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la IVE (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

³⁵ Art. 9.4, de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

³⁶ Art. 9.4, párrafo segundo, de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

En definitiva, la instauración de un DIU es un acto médico que debe decidir la mujer de 16 años por sí misma, sin que proceda ningún tipo de imposición por su madre. El consentimiento informado para el DIU lo tendría que firmar la chica de 16 años y no la madre, ya que la paciente es la primera y no la segunda, y, además, porque, como se dijo en la parte introductoria de este capítulo, la Ley de salud sexual y reproductiva de 2010, le reconoce su derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva³⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la recomendación en estos casos es mantener una entrevista clínica con la hija, sin la presencia de la madre, para asesorarla convenientemente en materia anticonceptiva, ya que sin duda detrás del empeño de la madre está la preocupación de que su hija pueda quedarse embarazada de forma no deseada. Esta circunstancia ha de evitarse y para ello el profesional sanitario que realiza anticoncepción debe colaborar en la medida de sus posibilidades. Ahora bien, si la hija se niega de plano a tener la entrevista y que le sea colocado el DIU, entonces hay que respetar su decisión.

Caso 2º.- Mujer inmigrante que no comprende el idioma y mujer a la que su marido suplanta la voluntad³⁸.

a).- Mujer de 30 años, asiática, que no habla ni entiende español, y que acude a consulta portando por toda información la solicitud de colaboración extendida por su médico de familia, donde únicamente consta su edad, que es madre de dos hijos y que nos la remite para instaurar medidas anticonceptivas. ¿Pueden llevarse a cabo las actuaciones médicas?

b).- Mujer de 30 años, que acude a consulta acompañada de su pareja, ambos de religión musulmana. Entiende y habla español, pero es él quien responde a las preguntas y quien decide la opción anticonceptiva.

Tal y como se expuso al principio de este capítulo, el consentimiento informado es un aspecto clave de la relación clínica, que los tribunales han conectado con el derecho fundamental a la dignidad y a la libertad personal. En consecuencia, es de gran relevancia que el profesional se ocupe de que los pacientes atendidos reciban la información suficiente para poder consentir con conocimiento de causa los tratamientos que se les propongan. Hay que tener en cuenta que una parte esencial del consentimiento informado es la información que debe facilitarse al paciente sobre los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales³⁹, y para ello debe producirse una entrevista clínica.

En el caso clínico de la mujer asiática debe sopesarse adecuadamente la posibilidad de demorar o no la asistencia. Si la paciente puede regresar a consulta en un breve espacio de tiempo con una persona de su confianza que pueda hacerle de traductor, entonces sin duda ésta es la solución

³⁷ Art. 3.1 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la IVE (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

³⁸ Casos formulados por el Dr. José Vicente González Navarro y obtenidos de la obra Casos clínicos en contracepción. Aspectos clínicos, éticos y legales (Coord. Esther de la Viuda García), Gedeon Richter, 2015, 61-67.

³⁹ Art. 10.1,b), de la Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

más adecuada porque concilia mejor su derecho al consentimiento informado, su derecho a la asistencia en materia anticonceptiva y la obligación del profesional de velar porque el paciente quede informado y pueda decidir libremente los tratamientos que se le propongan. Deben evitarse actuaciones paternalistas que ninguneen la voluntad de los pacientes y, a la postre, mermen su dignidad personal, como sería la de instaurar un tratamiento anticonceptivo en todo caso con independencia de lo que piense la afectada, por el mero hecho de que el profesional considere que así está más protegida.

En este supuesto concurre un factor que permitiría instaurar, preventivamente, un método seguro, eficaz y fácil de utilizar (como una píldora de sólo gestágeno o un método de barrera), y es el hecho de que la mujer haya sido valorada con carácter previo por el médico de atención primaria. La existencia de este antecedente atenúa en cierta medida el problema derivado de la falta de conocimiento sobre la paciente.

Por lo que se refiere a la mujer de religión musulmana, el punto de partida tiene que ser necesariamente el de procurar que sea ella misma la que reciba la información y acepte o rechace el tratamiento. Debe recordarse que la reiterada Ley de salud sexual y reproductiva proclama que nadie puede ser discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en dicha norma por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁴⁰. La aplicación de este precepto ha de proyectarse en un doble sentido: por un lado, que por supuesto el profesional no puede personalmente discriminar a ningún paciente, y, por otro lado, que tampoco puede permitir que nadie lo haga respecto de un paciente suyo, ni por razones de tipo religioso, ni porque se trate de una mujer ni por ningún otro motivo.

La igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de sexo es un valor muy consolidado en nuestra sociedad, hasta el punto que se proclama en el art. 14 de la Constitución Española de 1978. La Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se ocupa de dejar bien claro que las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes⁴¹, lo que desde luego abarca sus derechos como pacientes, y en particular su derecho al consentimiento informado.

Por su parte, la Ley básica de autonomía del paciente dispone que el titular del derecho a la información es el paciente, en este caso la mujer musulmana, si bien al mismo tiempo establece que también serán informadas las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita⁴². Es decir, la mujer está en su derecho de que su esposo comparta con ella la información.

La cuestión para el profesional en este tipo de situaciones consiste en valorar si la participación en el proceso de información del varón es algo admitido por la mujer por razón de sus costumbres

⁴⁰ Art. 3.3 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la IVE (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁴¹ Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE nº. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁴² Art. 5.1 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

y su religión, y hasta qué punto no socava completamente su voluntad, la ningunea, menosprecia o infantiliza. Hay que tener en cuenta que si el profesional se muestra intransigente con la circunstancia de que tiene que ser la mujer la única interlocutora para el tratamiento y expulsa, por ejemplo, a su acompañante fuera de la consulta, la consecuencia más probable será que la abandonen ambos y que la mujer quede sin tratamiento anticonceptivo, lo que al final repercutirá negativamente en su salud sexual y reproductiva.

Por el citado motivo, la recomendación es que el profesional trate de hablar con la mujer hasta donde sea posible, aprovechando por ejemplo el momento de la exploración, y constate también su asentimiento a los tratamientos anticonceptivos que correspondan. En definitiva, se trataría de hacer un esfuerzo para involucrarla en el proceso de información con el fin de que se concilien las garantías que exige el ordenamiento jurídico español con las costumbres culturales de la pareja, y que se pueda evitar que las segundas anulen completamente a las primeras, lo que no sería correcto legalmente.

Finalmente, como se dijo al principio de este capítulo, se recomienda dejar constancia en la historia clínica de que se procedió a recabar el consentimiento informado de la mujer y de la manera en que tuvo lugar.

Caso 3º.- Formalidad del consentimiento en el caso del DIU.

¿Es necesario el consentimiento informado escrito en el caso del DIU?

La norma de referencia para esclarecer si el consentimiento informado para una técnica o procedimiento, ya sea diagnóstico o terapéutico, debe formularse por escrito es la reiterada Ley básica de autonomía del paciente, donde se establece que el consentimiento informado será verbal por regla general, pero que, sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente⁴³.

La exigencia legal de la formalidad escrita en esta serie de situaciones, no quiere decir en modo alguno que pueda prescindirse del proceso verbal y que baste con entregar un formulario de consentimiento informado para dar por cumplida la obligación. Lo que significa realmente es que, además de la entrevista personal en la que la paciente sea informada de palabra por el profesional y pueda aclarar sus dudas, se ha de cumplimentar un documento escrito que lo que hace es llamar la atención sobre la importancia de la información en determinadas situaciones y reforzar las garantías para la afectada de que este trámite se ha evacuado correctamente. Cuando el consentimiento debe constar también por escrito es inexcusable que el profesional no

⁴³ Art. 8.2 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

lo pueda mostrar y aportar en caso de que se lo exija la autoridad administrativa o judicial.

El DIU no supone una actuación quirúrgica, y tampoco está claro que pudiera calificarse desde un punto de vista jurídico como un procedimiento invasivo, si entendemos por tal aquél que constituye una intervención de riesgo físico o psíquico para el paciente⁴⁴. En sentido estricto, podría defenderse que, con carácter general (al margen de las pacientes con riesgos personales), la colocación del DIU realmente no tendría por qué exigir la formalidad escrita y, por tanto, los tribunales no deberían sancionar a un profesional de la contracepción por el mero hecho de que no hubiera recabado la firma de la paciente en un documento escrito de consentimiento informado, siempre y cuando sí le hubiera prestado una información verbal adecuada y completa, y así constara documentado en la historia clínica.

Por tanto, la circunstancia de que la información para el DIU se realice habitualmente por escrito, utilizando los formularios avalados por sociedades científicas como la SEC o SEGO, desde la perspectiva jurídica está más en el terreno de la recomendación que de la obligatoriedad puramente legal. Hay que tener en cuenta que es muy relevante que la paciente conozca los riesgos habituales del DIU y la imposibilidad de garantizar completamente la ausencia de gestación.

Caso 4º.- Participación de otros profesionales distintos al ginecólogo en el proceso de información sobre anticoncepción.

En la distribución de funciones de nuestra Unidad tenemos dudas de las funciones que puede realizar cada profesional y de cómo utilizar los recursos profesionales que disponemos en nuestras manos.

¿Puede la enfermera u otro profesional distinto al médico ginecólogo ocuparse del proceso de información en contracepción?

En materia de información, con independencia de la obligación general de garantizar el derecho de información que corresponde al médico responsable de la paciente, en este caso al médico ginecólogo, cualquier otro profesional que intervenga en la asistencia o le aplique una técnica es responsable igualmente de informar sobre su actuación concreta⁴⁵. En base a esta previsión, la enfermera puede y debe informar de los aspectos relacionados con su intervención técnica, y, especialmente, de todo lo relativo a los cuidados de enfermería.

Pero además de lo anterior, es factible que otros profesionales distintos al médico, como pueden ser las citadas enfermeras, psicólogos clínicos, farmacéuticos, etc., puedan colaborar en el proceso de información clínica al paciente con un alcance superior al de la información relativa a sus cometidos propios, si ello se decide así, consensuadamente, en el seno del equipo de profesionales⁴⁶. En este

⁴⁴ Aunque referido a otro ámbito, en el art. 3, t), de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, se contiene una definición de procedimiento invasivo, como aquella intervención que implica un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado (BOE nº. 159, de 4 de julio de 2007).

⁴⁵ Art. 4.3 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

⁴⁶ Sánchez-Caro J, Abellán F: Enfermería y Paciente. Cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario. Univ. Europea de Madrid, Comares, Granada 2007.

II. Consentimiento informado en el campo de la contracepción

caso, la norma que lo habilita es la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, donde se establece que dentro de un equipo de profesionales cabe la delegación de actuaciones siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse. La propia norma mencionada se ocupa de aclarar que es condición necesaria para la delegación o distribución del trabajo la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe esa delegación, que debe ser objetivable, siempre que sea posible, con la oportuna acreditación⁴⁷.

En definitiva, aunque la enfermera no puede realizar actos médicos propios del campo de la contracepción (actividades de diagnóstico y tratamiento) porque incurriría en intrusismo, sí cabe que participe del proceso de información general a las pacientes que solicitan anticoncepción, evacuando incluso consultas informativas sobre aspectos médicos, en la medida en que esté objetivamente preparada para ello y se haya organizado de esa forma el trabajo en el seno del equipo de profesionales de la unidad o de la clínica, según se trate de la medicina pública o privada, respectivamente.

Hay que tener en cuenta que, conforme se previene en la mencionada Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, el equipo de profesionales es la unidad básica en la que deben estructurarse de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones sanitarias para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requerido⁴⁸. De alguna manera la cooperación interdisciplinar es la apuesta en los tiempos actuales para desarrollar una actividad asistencial integral y de calidad.

⁴⁷ Art. 9.4, de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE nº. 280, de 22 de noviembre de 2003).

⁴⁸ Art. 9.2 de la citada Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE nº. 280, de 22 de noviembre de 2003).





III.

Intimidad e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)

III. Intimidad e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)

Introducción.

El concepto de intimidad puede desdoblarse en diversos planos: se puede hablar de intimidad en sentido estricto, como algo individual, espiritual o psicológico, intrapersonal (nuestras convicciones, ideas, pensamientos, etc.). También de la intimidad corporal o física, que tradicionalmente hace referencia a aquellas partes del cuerpo humano de las que habitualmente se tiene pudor, recato o vergüenza, y que hoy día debe ampliarse a cualquier parte del cuerpo de la que sea posible, por ejemplo, obtener información genética. Asimismo, podemos considerar la intimidad en sentido amplio, que equivale a la vida privada, relaciones personales, domicilio personal, etc.⁴⁹.

El derecho a la intimidad es un derecho relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico, pues no en vano la primera vez que se recoge en un texto constitucional es con motivo de nuestra Carta Magna de 1978, donde se le confiere el rango de derecho fundamental dirigido a proteger a la persona frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de su vida personal y familiar⁵⁰. La idea fundamental que preside el derecho a la intimidad personal es la del acceso limitado, exclusión o separación, y así lo viene recogiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que establece 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 preservar de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompaña a esta última⁵¹.

El Tribunal Constitucional va incluso más allá al considerar el citado derecho como un “poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁵². El citado tribunal ha dicho también 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 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 éstos poderes públicos o simples particulares⁵³.

El derecho a la intimidad tiene lógicamente su proyección en el ámbito sanitario, y por ello se recoge en distintas normas jurídicas del campo de la salud, de las que destaca la Ley básica de autonomía del paciente, en la que se hace una doble proclamación en esta materia. Por un lado, se invoca el derecho de los pacientes 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; y, paralelamente, y como garantía de lo anterior, se dispone que los centros sanitarios

⁴⁹ Sánchez-Caro J: Intimidad, Salud y Constitución. En: La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías. Universidad Rey Juan Carlos, Defensor del Paciente en la Comunidad de Madrid, 2004, 45-58.

⁵⁰ Art. 18.1 de la Constitución Española de 1978.

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 23 de diciembre de 1974 y de 29 de julio de 1989 (Sala 4ª).

⁵² Sentencias del Tribunal Constitucional, núms. 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 134/1999, de 15 de julio; 144/1999, de 22 de julio; y 115/2000, de 10 de mayo.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1993.

III. Intimidad e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)

adoptarán las medidas oportunas y establecerán las normas que se precisen para la finalidad referida⁵⁴. Igualmente, se indica que la persona que elabore o tenga acceso a la información sanitaria está obligada a guardar la reserva debida⁵⁵.

En el ámbito específico de la salud sexual, debe recordarse que el Preámbulo de la Ley de salud sexual y reproductiva resalta la importancia del derecho a la intimidad, entendida en este caso como intimidad decisoria, cuando establece que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones⁵⁶.

De forma más precisa, la mencionada ley perfila como uno de sus principios básicos que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes⁵⁷. Finalmente, la norma referida incorpora una serie de medidas especiales para proteger la intimidad de las mujeres que acceden a la IVE, que se comentan en uno de los casos clínicos de este Manual.

Caso 1º: Petición de la mujer gestante de que se oculte al marido la posible infección por VIH del recién nacido y los tratamientos que se le van a aplicar⁵⁸.

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 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.

⁵⁴ Art. 7 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

⁵⁵ Art. 2 de la misma Ley 41/2002 (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

⁵⁶ Preámbulo de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la IVE (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁵⁷ Art. 3.1 de la citada Ley orgánica 2/2010.

⁵⁸ Caso obtenido del Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa on line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales (Director Javier Sánchez-Caro), ob. cit., 113-116.

III. Intimididad e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)

La eventualidad de que el hijo pueda estar también infectado por VIH es algo que afecta no solo a la madre gestante sino también al padre por las obligaciones de cuidado del menor que igualmente tiene atribuidas. No en vano, la Ley orgánica de protección del menor, a la hora de definir los criterios interpretativos del denominado “interés superior del menor”, que es un principio informador que debe prevalecer sobre otros valores en juego, hace énfasis en la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor⁵⁹, que lógicamente compete salvaguardar en primer lugar a los padres.

De acuerdo con las previsiones del Código Civil, los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores y a ambos compete velar por ellos⁶⁰. De ahí que no pueda hurtarse la información al padre, que lógicamente tiene derecho a conocer toda la información sobre los tratamientos que se apliquen al menor.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta compatible con lo manifestado el hecho de que se permita a la mujer ser quien informe de la situación a su marido, toda vez que ella es la que con seguridad está infectada de VIH y parece que tampoco lo ha manifestado. De esta manera, se favorece también una autogestión responsable de la situación por parte de la mujer, más acorde con el respeto a su dignidad personal. En última instancia, si la mujer no está por la labor de contárselo a su esposo, el profesional sanitario no tendría más remedio que informarle directamente, sin que el secreto profesional fuera ningún impedimento para ello, pues las obligaciones del padre de protección del menor y su derecho a conocer el estado de salud de su hijo estarían por encima del deseo de la mujer de mantener de manera reservada la información de que se trata.

Caso 2º.- Mujer que no quiere comunicar una serología positiva a su compañero sentimental.

¿Qué actuación debería ser la correcta ante una serología positiva (ITS en general) que la paciente no quiera comunicar nada a los posibles contactos de riesgo?

A diferencia del caso anterior, en este supuesto no está por medio un menor y, por tanto, el enfoque prioritario no es el de la protección de este último, de su interés superior, sino, abiertamente, si el profesional debe transgredir su obligación de secreto profesional y comunicar la situación al compañero de su paciente.

La confidencialidad de las informaciones que obtiene el profesional sanitario con motivo de la relación clínica es uno de los pilares de la confianza de los pacientes en el sistema sanitario. La importancia de que se mantenga de manera reservada esa información es lo que justifica la existencia del secreto profesional, que no es un derecho del profesional sino una obligación del mismo, y, también, lo que ha conducido a que su vulneración se prevea en el Código Penal como un delito grave castigado con la pena de prisión por tiempo de hasta cuatro años e inhabilitación

⁵⁹ Art. 2.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE nº. 15, de 17 de enero de 1996).

⁶⁰ Art. 154 y ss. del Código Civil.

III. Intimidad e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)

especial por hasta seis años⁶¹. Por tanto, la opción de saltarse el secreto profesional es siempre arriesgada, debe ponderarse con mucha prudencia y contemplarse únicamente como última posibilidad.

Las circunstancias referidas aconsejan en el caso clínico, como se recomendó en el caso anterior, proponer a la propia interesada que sea la que comunique la situación a su pareja, advirtiéndole de que tiene que hacerlo para evitar el contagio. Sin duda, será siempre mejor para respetar su intimidad y su dignidad personal que la mujer gestione esa situación y busque el momento adecuado para transmitírselo a su pareja que no lanzarse el profesional a revelarlo por su cuenta. Sí es importante que el profesional deje constancia en la historia clínica de la advertencia hecha y de todas las incidencias sobre este asunto que se vayan sucediendo, y que vuelva a preguntar a la paciente, con motivo de la siguiente visita, si lo llevó a cabo.

El médico no es un policía ni un detective y razonablemente puede confiar en que si la paciente le confirma que se lo dijo a su compañero eso es verdad. Solo en el supuesto de que tuviera razones objetivas para pensar que está mintiendo y que no se ha producido la revelación, y, en definitiva, de que la paciente estuviera actuando de manera irresponsable, cabría plantearse la ruptura del secreto profesional, cuya justificación sería el denominado “estado de necesidad”, es decir, la obligación de evitar un peligro grave para la salud e integridad física de otra persona, que aquí sería además un delito de lesiones, ya que transmitir una ITS a conciencia a otra persona puede tener desde luego esa calificación jurídica. La razón para romper el secreto en este caso sería más fuerte si la pareja de la mujer fuera también paciente del profesional, pues entonces se añadiría la obligación directa de proteger su salud.

⁶¹ Art. 199,2 del Código Penal de 1995 que prevé, además de pena de prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para ejercer la profesión de 2 a 6 años. Este precepto se refiere expresamente al “profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona”.

IV.

Responsabilidad del
Profesional por Fallo
Anticonceptivo y por
Riesgo Prenatal

IV. Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal

Introducción.

La responsabilidad de los profesionales que se dedican al campo de la contracepción, como la de cualquier otro profesional sanitario, puede ser penal, civil, disciplinaria y deontológica. La vía penal requiere que se haya cometido alguno de los delitos previstos en el Código Penal, de forma intencionada o imprudente, que es el supuesto más habitual en el campo sanitario. Cuando se estima la responsabilidad penal se aplica la pena correspondiente, que puede consistir en privación de libertad, inhabilitación profesional y multa económica.

En cuanto a la responsabilidad civil, que puede generarse de forma independiente o asociada a un procedimiento penal, además de poder afectar al profesional a título individual, cuando el mismo presta sus servicios en un centro privado, suele extenderse también a la institución en la que desempeña su labor. Cuando se aprecia por los tribunales este tipo de responsabilidad la consecuencia es que hay que pagar una indemnización.

Por el contrario, cuando el profesional sanitario trabaja en un centro público, la responsabilidad civil se transforma en responsabilidad patrimonial de la Administración titular de ese establecimiento, concerniendo las consecuencias económicas directas en caso de condena únicamente a la citada Administración. Se trata de una responsabilidad directa del Servicio de Salud que no involucra al profesional sanitario, si bien existe teóricamente un deber de exigencia a este último por parte del servicio público respecto de lo que hubiera pagado directamente a los lesionados, siempre que los profesionales hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave⁶².

Para que la actuación del profesional de la anticoncepción no incurra en responsabilidad penal debe reunir necesariamente tres requisitos: en primer lugar, que se lleve a cabo por un profesional debidamente titulado. Si no se produce esta condición la respuesta de la ley es el delito de intrusismo, que castiga la usurpación de funciones y la quiebra de la confianza de la sociedad en la actuación titulada de los profesionales. En segundo lugar, que el profesional cuente con el consentimiento del paciente, bien sea expreso (oral o escrito), tácito o implícito (que es en principio la regla general), o presunto, según los casos. Aunque los meros defectos de información no dan por sí mismos lugar a responsabilidad penal, una falta absoluta de consentimiento informado del paciente sí puede originarla, a modo de delito de coacciones, detención ilegal, lesiones, etc. Y, en tercer lugar, que se observen las reglas propias de la profesión, esto es, la llamada *lex artis*, que nos habla de la forma de actuar correcta teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso y, en concreto, aquellas en las que se encuentra el profesional en un momento dado, que, en hipótesis, pueden ser muy variables: abundancia o escasez de medios materiales, presencia o ausencia de facultativos en el centro, premura de la actuación, etc.

⁶² V. art. 145 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE nº. 285, de 27 de noviembre de 1992). Quedan fuera los casos de imprudencia profesional leve. En la práctica no se produce la acción de repetición o reembolso de la Administración contra los profesionales debido a que quien paga es el seguro contratado por la propia Administración y no esta última.

IV. Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal

Caso 1º.- Responsabilidad profesional por fallo anticonceptivo y falta de información.

¿Puede demandar una paciente en caso de producirse un fallo anticonceptivo, de DIU, de un implante o de Essure?

Resulta un principio muy consolidado en materia de responsabilidad sanitaria aquél que proclama que la obligación de los profesionales sanitarios es una obligación de medios y no de resultados. Esto comporta que realmente no tienen una obligación de curar o solucionar siempre el problema anticonceptivo de la mujer, sino de proporcionarle todos los cuidados y atenciones que requiera la actuación médica o la técnica de que se trate, y de hacerlo de acuerdo con la *lex artis*. Esta última, que debe constituir el módulo rector de todo arte médico, consiste en actuar correctamente de acuerdo con la complejidad y trascendencia del problema de salud que se presenta, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean: medios disponibles, urgencia, etc.

Lo anterior significa que el hecho de que no se consiga el resultado pretendido no pueda equivaler siempre a que el paciente tenga derecho a una indemnización. Solo se producirá esto último si, además del perjuicio, el profesional hubiera vulnerado la citada *lex artis*. La medicina no es una ciencia exacta y por ello las terapias no funcionan en todos los casos ni para todos los pacientes por igual. De alguna manera, el paciente tiene que asumir un riesgo de que no se satisfagan sus expectativas. La propia naturaleza mortal del hombre conlleva que no pueda curársele en todas las ocasiones.

Al margen de la responsabilidad comentada por falta de consecución del objetivo de salud, el profesional sanitario tiene que tener presente que hay otro foco muy importante del que pueden surgir complicaciones legales, y es el relativo a la ausencia de información adecuada al paciente. La Ley básica de autonomía del paciente determina los aspectos de los que debe ser informado este último, y que se concretan en los siguientes⁶³:

- 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.

Por lo que se refiere a los riesgos probables, la ley no fija un criterio en función del porcentaje de posibilidades de que el riesgo se concrete, sino que se refiere a los riesgos típicos o inherentes al tipo de intervención, que estadísticamente podrán ser de mucha o poca frecuencia.

Pues bien, la responsabilidad por falta de información se activa de la siguiente manera: cuando un paciente que ha sufrido un daño o una complicación no prevista formula una reclamación alegando

⁶³ Art. 10 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2012).

IV. Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal

que sobre esa cuestión no se le informó, si el tribunal que conoce del asunto llega a la conclusión de que es verdad y de que sí debía habersele informado y, además, de que la omisión ha sido clave en la toma de decisión del paciente, en el sentido de que si hubiera conocido esa complicación no se hubiera sometido a la intervención o técnica médica, entonces el profesional sanitario y la clínica (en el caso de la medicina pública el Servicio de Salud) asume las consecuencias de lo sucedido y debe indemnizarse por el daño padecido.

Para reducir todo lo posible el riesgo de la responsabilidad profesional por falta de información es siempre aconsejable utilizar los protocolos de consentimiento informado respaldados por la Administración sanitaria o consensuados por las sociedades científicas y profesionales (SEC, SEGO). De esta manera, si se observa el documento de consentimiento informado para inserción de DIU, resulta fundamental informar al paciente acerca de los riesgos de padecer dolor, perforación uterina, infección, migración del dispositivo a la cavidad uterina, alteraciones menstruales, etc. También, de forma especial, que la posibilidad de gestación no puede descartarse completamente y que cuando ésta se produce existe mayor riesgo de aborto y de embarazo ectópico, así como que la tasa real de fracaso como método anticonceptivo es mayor en el primer año.

Por su parte, cuando se trata de la obstrucción tubárica permanente mediante el método ESSURE, debe advertirse que se trata de un método anticonceptivo permanente y definitivo, que solo es efectivo a partir del tercer mes tras su colocación, tiempo durante el cual debe utilizarse un método de contracepción alternativo. Además, que el citado método alternativo solo debe dejarse tras comprobar en la revisión la correcta ubicación de los dispositivos. También, por supuesto, debe informarse que no se puede garantizar un cien por cien de seguridad de evitar el embarazo. Por lo que se refiere a las complicaciones, debe ilustrarse también de las mismas a las pacientes, tanto de las que pueden surgir a corto plazo (dolor tipo menstrual, síndrome vagal, sangrados, perforación, etc.), como a la largo plazo (dolor crónico, sangrado menstrual abundante, alergia sistémica o cutánea al níquel, cefalea, astenia), resaltando que en ocasiones pueden conducir a que el dispositivo tenga que retirarse⁶⁴. Para este último supuesto también es muy importante informar de las diferentes vías de abordaje quirúrgico y sus limitaciones y riesgos respectivos, todo ello siguiendo las recomendaciones de los documentos de consentimiento informado de las sociedades científicas.

Si se trata de un implante anticonceptivo subcutáneo, debe advertirse del cambio de comportamiento del sangrado habitual, la presencia de acné, dolores, etc⁶⁵.

De todos estos inconvenientes debe advertirse a la paciente para que tome su decisión con pleno conocimiento de causa. El hecho de que el profesional haya realizado una información adecuada le blindará frente a reclamaciones en las que se le acuse de falta de información, pero lógicamente no le excusa de aplicar correctamente la técnica o procedimiento que requiera cada método

⁶⁴ Consentimiento informado para la obstrucción tubárica permanente mediante método ESSURE, SEGO <http://www.sego.es/revistas/archivosintsgral#ESSURE2> (accedido en mayo de 2016).

⁶⁵ V. Formulario de información y consentimiento informado para implante anticonceptivo subcutáneo. Consejería de Salud. Junta de Andalucía. Orden de 8 de julio de 2009 (BOJA nº. 152, de 6 de agosto de 2009).

IV. Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal

anticonceptivo, para lo que deberá estar debidamente capacitado. Debe tenerse en cuenta que, en el campo de la responsabilidad civil de las profesiones sanitarias, la *lex artis* médica está configurada con deberes que guardan relación con la correcta aplicación de las técnicas e intervenciones, y de otros que lo están con la información al paciente, y ninguno de ellos tiene que descuidarse para evitar demandas de los pacientes.

Caso 2º.- Responsabilidad profesional por la colocación de un DIU sin haber sido advertido por la paciente de que estaba embarazada.

¿Qué ocurre si una mujer está embarazada cuando se inserta un DIU y no advierte de esa circunstancia al facultativo?

La reiterada Ley de autonomía del paciente proclama no solo derechos de este último en el ámbito clínico, sino también sus deberes, y entre ellos procede destacar aquí el de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera⁶⁶, con el fin de que los profesionales que le atienden puedan realizar una labor diagnóstica y terapéutica correcta.

Como consecuencia del citado deber, la paciente debe informar al profesional sanitario de cualquier dato sobre su salud personal, como sería un embarazo o la duda de un embarazo, que pueda desaconsejar la inserción de un DIU y, en su caso, afectar a la propia evolución del embarazo. Si no lo hace así la paciente, y decide ocultar esa información al profesional, este último quedará exonerado de toda responsabilidad por los inconvenientes que puedan derivarse de esa omisión.

Caso 3º.- Responsabilidad por riesgo prenatal no denunciado.

¿Tenemos que actuar de alguna manera si detectamos que una mujer consume drogas estando embarazada? ¿y si falta a los controles que le prescribimos?

La disposición legal a la que debe acudir para responder a esta cuestión es la Ley de protección de la infancia y la adolescencia, de 2015⁶⁷, en la que se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo al recién nacido. Esta norma hace una proclamación de que la Administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de posible riesgo prenatal.

Por situación de riesgo prenatal se entiende la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar

⁶⁶ Art. 2.5 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

⁶⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº. 180, de 29 de julio de 2015).

IV. Responsabilidad del profesional por fallo anticonceptivo y por riesgo prenatal

enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Cuando se percibe una circunstancia de este tipo, se establece una obligación tanto para los propios servicios de salud como para el personal sanitario de notificarla a la Administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal⁶⁸.

A consecuencia de esta norma, los profesionales obstetras que hacen un seguimiento de mujeres embarazadas tienen la obligación de reaccionar ante situaciones objetivas de riesgo prenatal, como sería el supuesto de que la gestante estuviera consumiendo drogas. Dentro de los centros sanitarios debería protocolizarse el mecanismo para notificar estos casos a los servicios sociales de protección de la mujer y del menor y al Ministerio Fiscal, para que adopten las medidas que procedan.

En lo que respecta a la situación de falta de asistencia de la embarazada a los controles prescritos, por sí misma no resultaría un factor suficiente para entender que se produce riesgo prenatal, pues podría ocurrir que estuviera yendo a otro facultativo. Solo cuando la mencionada ausencia esté asociada a otros comportamientos del tipo descrito (consumo abusivo de sustancias adictivas, malos tratos físicos por su pareja, etc.), sería cuando realmente habría que activar el citado mecanismo de notificación, ya que no sería correcto presumir de entrada un comportamiento imprudente de la gestante.

⁶⁸ Punto once de la citada Ley 26/2015, que modificó, entre otros, el art. 179 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.







V.

Documentación
Clínica

V. Documentación clínica

Introducción.

La historia clínica, además de la herramienta para que el profesional pueda realizar correctamente el seguimiento del paciente, es un documento legal y como tal sujeto a una serie de requisitos tanto en lo referente a su cumplimentación como a su acceso, archivo, custodia, etc. La ley básica de autonomía del paciente la define como 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 asistencial⁶⁹; y, además, obliga a que tenga un contenido mínimo, es decir, una serie de documentos que no pueden dejar de estar incluidos en la misma.

También se ocupa esta norma de aclarar qué es lo que debe anotarse en la historia clínica y lo que no, es decir, cuál es el criterio de calidad de datos a tener en cuenta. En concreto, determina que debe tratarse siempre de aquella información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente⁷⁰. En otras palabras, aquella información que tenga verdadera relevancia clínica, descartando juicios de valor que denoten prejuicios hacia los pacientes o que resulten lesivos para su dignidad.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta otro factor importante. De acuerdo con lo prevenido en otra ley clave del sistema sanitario, como es la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, la asistencia tiene que ser concebida hoy día como una asistencia fundamentalmente en equipo. En particular, la ley mencionada prescribe que equipo de profesionales es 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 requeridos⁷¹. Como consecuencia de esta proclamación, cuando el facultativo cumplimenta la historia clínica debe tener presente que lo hace no solo para que la entienda él, sino para que pueda ser comprendida por el resto de profesionales del equipo, tanto los actuales como los que en el futuro puedan integrarse o sustituir a los anteriores. Esto conlleva que la redacción de la historia clínica constituya una responsabilidad muy importante a la que debe prestarse toda la atención posible para que las anotaciones sean de calidad y permitan la mejor asistencia del paciente.

Hay que significar igualmente en esta materia, la tendencia cada vez más acusada de permitir por parte de los Servicios de Salud el acceso directo de los pacientes a la historia clínica electrónica. De hecho este es uno de los aspectos que resalta el Reglamento europeo de protección de datos aprobado en 2016⁷², donde se aboga por facilitar el acceso remoto a los interesados a sus datos personales mediante un sistema seguro. Aunque pueda haber partes de la historia que queden preservadas del citado acceso (por ejemplo, las anotaciones subjetivas del profesional), es importante para el paciente que acceda el que la historia clínica esté bien redactada y contenga la información adecuada.

⁶⁹ Art. 3 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

⁷⁰ Art. 15.1 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

⁷¹ Art. 9.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE nº. 280, de 22 de noviembre de 2003).

⁷² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Diario Oficial de la Unión Europea, de 4 de mayo de 2016).

V. Documentación clínica

Finalmente, por lo que se refiere a la conservación de la documentación, la reiterada Ley de autonomía del paciente recuerda que la obligación de los centros es la de conservar la historia y la documentación clínica en general 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 asistencial⁷³.

Caso 1º.- Conservación de los consentimientos informados cuando existe historia electrónica.

Se van a digitalizar todas las historias clínicas del Centro, y nos surge la duda de si a nivel legal nos servirían consentimientos informados digitalizados.

En los centros sanitarios “sin papeles” el documento de consentimiento informado viene siendo en la práctica una excepción a la digitalización, de manera que se conserva también en formato papel y con la firma manuscrita del médico responsable (o persona responsable del centro) y del paciente. La razón de ello es asegurar su valor probatorio en juicio en el supuesto de que se produzca cualquier reclamación sobre ese aspecto, ya que una fotocopia escaneada que pudiera imprimirse a partir de la historia clínica electrónica carece de los requisitos necesarios para acreditar su autenticidad.

La alternativa a la firma manuscrita desde el punto de vista legal sería exclusivamente la firma electrónica, pues es la única que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, ya que está vinculada al firmante de manera única y a los datos que facilite, y ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. Solo esta firma tiene respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel⁷⁴.

Consecuentemente, salvo que el sistema previsto incorpore este tipo de firma (que requeriría que el paciente tuviera previamente dada de alta su firma electrónica y supiera utilizarla), la recomendación legal es que para asegurar la prueba en juicio en relación con la información facilitada al paciente se conserve en todo caso el original del documento de consentimiento informado con su firma manuscrita.

⁷³ Art. 17.1 de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002). Debe significarse que algunas Comunidades Autónomas han dictado normas propias que alargan el período de conservación respecto de determinados documentos, y que deben cumplirse en esos territorios.

⁷⁴ Art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE nº. 304, de fecha 20 de diciembre de 2003).

V. Documentación clínica

Caso 2º.- Cancelación de datos personales.

Mujer que acude en diversas ocasiones con distinta pareja y solicita que se borre parte de su historia clínica donde figuran datos personales que no quiere que consten.

El derecho de cancelación de los datos contemplado en la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal⁷⁵, no rige en el ámbito sanitario de forma absoluta ni automática, sino que está mediatizado por las disposiciones específicas contenidas en las leyes sanitarias.

A este respecto, en la Ley básica de autonomía del paciente se obliga a conservar la historia clínica durante el tiempo adecuado para la debida asistencia del paciente y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial. Aparte de lo anterior, se prevé que algunos datos de interés epidemiológico o para la investigación, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, se conserven indefinidamente. No se pueden cancelar en ningún caso los datos de la historia clínica relacionados con el nacimiento del paciente, incluidos los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que en su caso hubieran sido necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre. Estos datos han de trasladarse, una vez conocido el fallecimiento del paciente, a los archivos definitivos de la Administración correspondiente, donde se conservarán con las debidas medidas de seguridad a los efectos de la legislación de protección de datos.

También, en el caso de reclamación judicial la conservación de la documentación clínica podrá quedar sujeta a las necesidades del proceso⁷⁶.

En definitiva, habrá que analizar si verdaderamente procede en el caso de esta paciente la cancelación de sus datos en función de si los mismos siguen siendo necesarios o no para su asistencia y de si han transcurrido los cinco años desde el alta. En cualquier caso, cuando se trata de una historia clínica electrónica, el procedimiento de cancelación lo que supone es que el responsable del tratamiento (el hospital o el centro, normalmente) cesa en el uso de los datos y quedan bloqueados, lo que se traduce en su identificación y reserva con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades⁷⁷. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos.

⁷⁵ Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE nº. 298, de 14 de diciembre de 1999).

⁷⁶ Art. 17.2 de la 1/2002, básica de autonomía del paciente (BOE nº. 274, de 15 de noviembre de 2002).

⁷⁷ Art. 5.1.c del 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 (BOE nº. 17, de 19 de enero de 2008).

V. Documentación clínica

Caso 3º.- Queja de una paciente por estar accesible en su historia clínica el antecedente de una IVE.

En el Hospital, dirigida al Servicio de Ginecología, se ha recibido una denuncia por parte de una paciente que acudió a urgencias, y en el informe que se le entregó constaba que se había sometido a una Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE). La paciente argumentó que la Ley de salud sexual y reproductiva garantiza la confidencialidad en estos procesos, y que no debería constar en su historia clínica.

Ha surgido un verdadero debate en este campo, puesto que para el ginecólogo es imprescindible en ocasiones disponer de este dato, y resulta muy difícil eliminarlo de la historia clínica.

La Comisión de Historias Clínicas del Hospital ha enviado una nota informando de que esta patología va a eliminarse de la plantilla de diagnósticos, y que no se debe hacer constar en la historia clínica.

Necesitamos conocer si esa decisión es legal y si, además, la nota Comisión de Historias Clínicas es de obligado cumplimiento o está sujeta a la decisión del facultativo.

La opinión del ginecólogo es que ese dato, es decir, si la paciente se ha sometido a una IVE, es necesario para el diagnóstico y tratamiento de otras patologías.

La regla general en materia de preservación de la intimidad y confidencialidad de los pacientes es que se trata de un derecho perfilado para proteger sus datos y documentación clínica frente al acceso por terceras personas ajenas a la prestación sanitaria y no para impedir el acceso por los profesionales que están vinculados a la asistencia del paciente, ya que pueden necesitar conocer toda la información disponible en beneficio de su salud.

No obstante lo anterior, la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, estableció unas medidas específicas en materia de preservación de la confidencialidad de las pacientes, claramente dirigidas a reforzar su derecho a la intimidad personal, incluso frente al acceso por los profesionales y demás personal de los centros sanitarios. De esas medidas procede destacar las siguientes, por guardar directa relación con el asunto planteado⁷⁸:

En la historia clínica que se genera como consecuencia de la IVE no deben figurar los datos identificativos de la paciente, sino un código de identificación. En concreto, se dice que “los centros sustituirán los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información”.

Cuando la documentación clínica de la IVE es parte de la historia clínica general que tiene la paciente en el centro, entonces hay que tener en cuenta el precepto que igualmente establece

⁷⁸ Arts. 20 a 23 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

V. Documentación clínica

que “las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación”. De este segundo precepto se desprende que, salvo que se trate del personal que intervino en la IVE, el resto de profesionales sanitarios no tendrían por qué conocer que la paciente se sometió a la citada intervención, salvo que fuera la propia interesada la que se lo dijera en la entrevista clínica.

El supuesto en que un profesional (distinto al que intervino en la IVE) conoce que su paciente se sometió a una IVE y necesita acceder a esos antecedentes para la asistencia a la paciente, está contemplado en la norma mencionada, donde se dice que el acceso “se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso”.

De las previsiones legales anteriores se desprenden, por tanto, las siguientes consideraciones:

- 1.- En la historia clínica general de la paciente no debe poder visualizarse el episodio de la IVE, aspecto sin duda controvertido y muy cuestionable desde el punto de vista médico, porque en determinados casos puede ir en detrimento de la calidad de la asistencia, pero que ciertamente lo dispone así la ley.
- 2.- Si la gestión de la documentación clínica de las IVE se realiza en el hospital conforme a la normativa citada, la vía para que un profesional sanitario diferente al que intervino en la IVE (por ejemplo, el ginecólogo habitual u otro especialista) conociera la existencia de esta última sería porque la propia paciente se lo hubiera transmitido en la entrevista clínica.
- 3.- Si el médico conoce el antecedente de la IVE y considera fundamental su consulta para la adecuada asistencia de la paciente, puede legítimamente hacerlo, sin tener que disponer de un consentimiento específico de la afectada, por estar respaldado en su derecho-deber de acceder a la historia clínica de conformidad con las previsiones de la Ley básica de autonomía del paciente, a las que indirectamente se remite la citada Ley de salud sexual y reproductiva. De este acceso debe quedar constancia en la historia clínica.

Proyectando todo lo anterior al caso planteado, puede decirse que la queja de la paciente por la circunstancia de que el episodio de su IVE sea visible en la historia clínica general para un profesional que no intervino en el mismo tiene su respaldo jurídico. No obstante, la documentación de la IVE no debe eliminarse por la Comisión de Historias Clínicas del hospital ya que su consulta puede ser necesaria y pertinente. Lo que dice la ley es que no debe estar visible en la historia clínica general, y, además, que deben cancelarse los datos de la paciente transcurridos cinco años desde el alta de la IVE. La cancelación no comporta tampoco la destrucción de la información sino su desactivación dentro del sistema informático.

V. Documentación clínica

Las reglas comentadas pueden conducir sin duda a un perjuicio para la salud de las pacientes, como sería el caso de que el ginecólogo necesitara conocer el antecedente de la IVE y poder consultarlo para establecer su diagnóstico o prescribir su tratamiento, y no pudiera hacerlo por desconocer su existencia. A pesar de ello, el legislador de 2010, en una decisión discutible por ir en contra de la regla general que se dijo al principio, optó por primar la confidencialidad de la paciente respecto de su IVE frente al riesgo potencial para su salud futura que pudiera suponer privar a los profesionales de esa información. Sin duda, en la intención del legislador primó más blindar la confidencialidad de la información que la consideración de estos posibles perjuicios para la paciente.

Al ser la ley de obligado cumplimiento, no es posible cambiar el criterio de acceso a esta documentación clínica por decisión del médico de la paciente, ni siquiera del gerente del centro. De todas formas, habría que significar que en estas situaciones de ocultación de información al médico este último quedará desde luego exonerado de responsabilidad por los perjuicios que sufriera la paciente derivados de no haberse podido tener en cuenta esos antecedentes a la hora de establecerse el diagnóstico o prescribirse el tratamiento.

Caso 4º.- Destino de los historiales médicos en caso de cierre de la clínica.

Tenemos bastante claro que si la empresa tiene distintas clínicas la custodia de las historias clínicas y muestras biológicas seguiría siendo de la empresa titular, sin perjuicio de tener que comunicar el traslado de unas o/y otras a los pacientes. Sin embargo, ¿cuáles son las obligaciones en caso de no continuidad, es decir, si el titular de la empresa se jubila, si se produce su fallecimiento o si se disuelve o cierra la empresa sin más continuidad? ¿Cuáles serían los pasos a dar? ¿Quién tendría la obligación de custodiar las historias clínicas? ¿Cuáles serían las obligaciones de comunicación con respecto a los pacientes?

De acuerdo con lo establecido en la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, uno de los principios generales que debe presidir el ejercicio de la actividad sanitaria es el de la continuidad asistencial⁷⁹. El profesional sanitario tiene obligación de procurar esa continuidad llevando a cabo las actuaciones que procedan a favor del paciente. Aplicado el principio anterior al caso de consulta, la empresa o profesional que se jubila o cierra el centro, no puede desentenderse de sus pacientes, sino que tiene que adoptar las medidas que procedan para que puedan seguir sus tratamientos en otro centro distinto.

Para el traslado de los historiales médicos se requiere pedir la autorización expresa de cada paciente, ya que en otro caso podrían derivarse graves consecuencias tanto para la clínica remitora como para la clínica receptora, en el primer caso por cesión in consentida de los datos

⁷⁹ Art. 4.7, d, de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE nº. 280, de 22 de noviembre de 2003).

V. Documentación clínica

personales contenidos en los historiales médicos, y en el segundo por tratarlos igualmente sin el citado consentimiento. En concreto, podría ocurrir que se abriera un expediente sancionador a ambas a raíz de una denuncia que se formulara ante la Agencia Española de Protección de Datos, al amparo de lo previsto en Ley de protección de datos de carácter personal⁸⁰.

En consecuencia, en estos supuestos lo que procede es dirigirse a cada uno de sus pacientes para pedirles su autorización expresa de cara al traslado de su historial a otro centro distinto, u ofrecerles la posibilidad de que dispongan su envío a otro de su preferencia. No hay cesión in consentida si el centro remitidor y el receptor son la misma empresa (persona jurídica), en cuyo supuesto bastaría con informar del cambio de sede pues no habría variado realmente el responsable del tratamiento de datos personales.

⁸⁰ Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE nº. 298, de 14 de diciembre de 1999).





VI.

Objeción de Conciencia

VI. Objeción de conciencia

Introducción.

La objeción de conciencia pone de relieve un conflicto entre el deber moral y el deber jurídico para un individuo concreto. En su proyección sanitaria, consiste en la negativa de un profesional, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que, en principio, sería jurídicamente exigible, ya provenga la obligación de una norma, de un contrato, de un mandato judicial o de una resolución administrativa⁸¹.

En el Derecho español la norma básica que ampara la objeción de conciencia es la Constitución Española de 1978, donde quedó recogida explícitamente respecto del servicio militar. Sin embargo, más adelante, quedó igualmente respaldada en relación al aborto, e, incluso respecto de la píldora del día después (PDD), en ambos casos al amparo del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa. Precisamente esa vinculación con la libertad ideológica y religiosa es la que ha permitido extender la activación de la objeción de conciencia más allá del caso particular del servicio militar. En última instancia, el efecto jurídico específico que produce la objeción de conciencia reside en exonerar al sujeto que la invoca de realizar un determinado acto o conducta que, de otra suerte, tendría la obligación de llevar cabo⁸².

En el caso del aborto el primer respaldo claro se produjo a raíz de una Sentencia del Tribunal Constitucional de 1985⁸³, y, posteriormente, al regularse dentro de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la IVE⁸⁴. Por lo que respecta a la PDD, hay que mencionar la Sentencia de junio de 2015, también del Tribunal Constitucional, relativa al amparo a un farmacéutico frente a una sanción administrativa por no disponer en la oficina de farmacia del medicamento con el principio activo levonorgestrel dentro de su stock obligatorio⁸⁵.

El derecho a la objeción de conciencia es siempre personal y excepcional, en la medida en que supone una excepción al cumplimiento de un deber general (en otro caso se trataría de desobediencia civil). No debe confundirse la objeción de conciencia con la denominada objeción de ciencia, es decir, con el supuesto en que se discrepa de la estrategia clínica con un paciente. Las inevitables discrepancias producidas por una determinada aplicación científica o técnica no deben ser expuestas como modos de objeción ya que no tienen el mismo fundamento⁸⁶.

En el campo de la IVE, la objeción de conciencia es un derecho excepcional, regulado por la citada Ley de salud sexual y reproductiva⁸⁷, donde se establece que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de este derecho.

Se recalca en la norma que el rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del

⁸¹ Navarro-Valls R, Martínez-Torrón J: Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997, 12-15.

⁸² Sánchez-Caro J, Abellán F: Derechos del médico en la relación clínica. Fundación Salud 2000, Comares, Madrid, abril 2006, 85-142.

⁸³ Sentencia nº. 53/1985, de 11 de abril, Tribunal Constitucional (Pleno).

⁸⁴ Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁸⁵ Sentencia nº. 145/2015, de 25 de junio, Tribunal Constitucional (Pleno).

⁸⁶ Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en Sanidad. Madrid, 13 de octubre de 2011. Comité de Bioética de España, <http://www.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> (accedido en junio de 2016).

⁸⁷ Art. 19.2 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

VI. Objeción de conciencia

embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. Uno de los aspectos polémicos es precisamente el determinar qué debe entenderse por personal sanitario “directamente implicado” en la IVE, lo que se comenta dentro del caso clínico correspondiente.

También resalta la ley que en todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. De esta manera, se trata de evitar la desatención de la mujer que ha decidido la IVE y tiene cualquier complicación de salud asociada o no a la intervención.

Caso 1º.- Negativa del profesional a atender a una mujer una vez instaurado el proceso de IVE.

En el caso del aborto por malformaciones fetales, ¿Puede negarse un profesional a atenderla una vez instaurado el proceso? ¿Puede negarse un anestesista a poner una epidural si no hay contraindicaciones médicas?

Como es sabido, la Ley de salud sexual y reproductiva reconoce que la mujer embarazada podrá interrumpir su embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación, cumpliendo simplemente unos trámites relacionados con la información que ha de recibir con carácter previo a la intervención⁸⁸.

Adicionalmente, la citada ley prevé que se pueda interrumpir el embarazo por causas médicas. En el supuesto de riesgo de graves anomalías en el feto, que es el contemplado en el caso clínico, se exige un requisito temporal consistente en que no se hayan superado las veintidós semanas de gestación, y otro cualitativo, que se concreta en que exista un dictamen emitido con anterioridad a la intervención a cargo de dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija⁸⁹.

Dado que la IVE es una prestación incluida dentro de la Cartera de servicios comunes de atención especializada, del catálogo de prestaciones públicas del Sistema Nacional de Salud⁹⁰, y se halla reforzada por un reglamento específico de garantía de su calidad⁹¹, no se puede negar a la mujer que lo solicita siempre y cuando su petición esté dentro del marco de la ley. En consecuencia, la única vía para que un profesional sanitario del sistema público se niegue a asistir a una mujer que demanda su derecho a la prestación de la IVE es la de esgrimir la objeción de conciencia por razones ideológicas o religiosas.

Ahora bien, como se ha visto en la parte introductoria de este capítulo, el derecho a la objeción de conciencia está reconocido a favor de los profesionales directamente implicados en la IVE, lo

⁸⁸ Art. 14 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁸⁹ Art. 15, b), de la citada Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁹⁰ Anexo III, apartado 11, del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE nº. 222, de 16 de septiembre de 2006).

⁹¹ Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo (BOE nº. 155, de 26 de junio de 2010).

VI. Objeción de conciencia

que en principio podría alcanzar a los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación y las enfermeras y matronas. Sin embargo, debe admitirse en el plano legal que, a raíz del reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la objeción de conciencia de un farmacéutico por carecer de stock de la PDD en su farmacia (que se comenta más abajo), la interpretación sobre cuáles son los profesionales que pueden invocar legítimamente su condición de objetores de conciencia ha de ser necesariamente flexible y no restrictiva. Incluso se ha planteado hasta qué punto la objeción de conciencia puede abarcar la mera información y asesoramiento sobre la IVE, posibilidad que negó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en 2013⁹², pero respecto de la que el citado Tribunal Constitucional no se ha pronunciado todavía.

En cualquier caso, lo que no puede aceptarse en modo alguno es que ante una situación de urgencia de una mujer sometida a una IVE, o que va a serlo, aquélla quede sin atención y pueda sufrir riesgo su salud. Entre el respeto a la objeción de conciencia del profesional y salvar la vida de la mujer, ningún tribunal entendería justificada la primera opción. Volviendo al caso clínico planteado, si la situación no permite demoras porque existe un riesgo vital y es necesario el concurso del anestesista, dicho profesional no podrá negarse a intervenir, aunque haya puesto de manifiesto su condición de objetor, ya que su derecho a la objeción de conciencia no tiene carácter absoluto y debe ceder ante la necesidad de preservar el derecho a la vida y a la integridad física de la paciente⁹³.

Otra cosa distinta es cuando se trate de IVE programada, pues entonces es exigible a los responsables del hospital que el servicio esté organizado con tiempo para que pueda conciliarse la posición de los profesionales objetores con la prestación de la IVE a las mujeres que lo solicitan. En definitiva, es preciso establecer en el terreno de lo concreto, por ejemplo, respecto de la organización dentro de una institución sanitaria, mecanismos que permitan conciliar la salvaguarda de la conciencia individual del profesional, la asistencia a que tienen derecho los pacientes y el normal funcionamiento de los servicios.

En todo caso, cuando el profesional invoca su condición de objetor y niega la asistencia por dicho motivo tiene el deber ético y legal de comunicar a la paciente afectada las alternativas existentes (otra farmacia cercana donde pueda obtener la PDD), ya que en modo alguno puede aceptarse que se la deje desatendida.

⁹² V. Sentencias 419/2013, de 18 de febrero, 1171/2013, de 27 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

⁹³ V. Sentencias citadas en la nota anterior.

VI. Objeción de conciencia

Caso 2º.- Esterilización de personas jóvenes.

¿Están obligados los médicos a llevar a cabo la ligadura de trompas en mujeres menores de 35 años? ¿Para el caso de que estuvieran obligados, pueden objetar de conciencia?

Tanto la ligadura de trompas como las vasectomías son prestaciones incluidas en el catálogo público del Sistema Nacional de Salud, en cuyo reglamento se contempla la realización de ligaduras de trompas y de vasectomías, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud, y excluida la reversión de ambas⁹⁴. Esto significa que existe un derecho de los pacientes a acceder a estas técnicas.

Respecto a la ligadura de trompas, es muy importante que se haga hincapié en todo lo relativo a la información sobre el carácter permanente del procedimiento quirúrgico, sobre los riesgos propios de la intervención (lesiones vasculares, digestivas, urológicas, etc.), incluidos los anestésicos, y sobre las consecuencias a futuro. Además, se debe informar también de la existencia de métodos reversibles que aparte de ser más seguros presentan una similar (o incluso algo superior) eficacia anticonceptiva, como serían el DIU con levonorgestrel o los implantes subdérmicos⁹⁵.

De alguna manera, cuando se trate de mujeres jóvenes es razonable que el profesional trate de disuadirlas de la decisión, haciendo una labor de concienciación sobre las consecuencias y presentándoles las alternativas anticonceptivas. Ahora bien, siempre que se trate de una mujer mayor de edad no incapacitada, hay que tener claro que al final es ella quien tiene la última palabra. Si se lleva a cabo la intervención, debe formalizarse un consentimiento informado por escrito, ya que se trata de una intervención quirúrgica, y dejar constancia en la historia clínica de la labor informativa realizada.

Por las peculiaridades de este tipo de casos, que provocan la esterilidad de una persona, se trata de un terreno en el que sería posible teóricamente la objeción de conciencia del profesional llamado a realizar la intervención, en la medida en que dicha actuación pueda contravenir sus principios ideológicos, religiosos o ético profesionales⁹⁶.

La mención que se hace en el reglamento del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud al seguimiento del protocolo del Servicio de Salud es muy importante, ya que este último puede y debe ser también el instrumento para tener previstas las posibles situaciones de objeción de conciencia de alguno de los profesionales del equipo. A falta del citado protocolo, serían de referencia los que hubieran elaborado las sociedades científicas y los diseñados por los propios centros sanitarios o servicios de que se trate. Es recomendable que si se trata de protocolos de los centros o servicios determinados, los mismos sean informados por el comité de ética asistencial (CEAS) correspondiente.

⁹⁴ Apartado 5.3.7.3 del Anexo III, relativo a la Cartera de servicios comunes de atención especializada, del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE nº. 222, de 16 de septiembre de 2006).

⁹⁵ V. Mujer joven que demanda esterilización quirúrgica definitiva (caso del Dr. José Vicente González Navarro), en: Casos clínicos en contracepción. Aspectos clínicos, éticos y legales (Coord. Esther de la Viuda García), Gedeon Richter, 2015, 55-58.

⁹⁶ Manual de casos prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario. Programa on line: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales (Director Javier Sánchez-Caro), Servicio Madrileño de Salud, Comunidad de Madrid, 2009, 250-252.

VI. Objeción de conciencia

Caso 3º.- La objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar la PDD.

¿Puede un farmacéutico acogerse a la objeción de conciencia para no disponer en su farmacia de la PDD o de anticonceptivos?

El farmacéutico tiene que ser un factor importante, junto con el resto de profesionales, en el campo de la contracepción, por su accesibilidad para los pacientes y por su rol como educador en salud, facilitando información sobre prevención de enfermedades de transmisión sexual, sobre el correcto uso de métodos barrera o sobre las distintas opciones de anticoncepción que existen y su grado de eficacia⁹⁷.

Hasta la resolución judicial que se comenta más abajo, el reconocimiento a la objeción de conciencia del farmacéutico descansaba en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica de 2000⁹⁸, y en algunas leyes de ordenación y atención farmacéutica dictadas por las Comunidades Autónomas⁹⁹, en las que se establece que la Administración sanitaria garantizará el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico sin perjuicio de que la Consejería de Salud adopte las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho no limite ni condicione el derecho a la salud de los ciudadanos.

El caso más importante de reconocimiento de la objeción de conciencia del farmacéutico comunitario (de oficina de farmacia) es el citado en la parte introductoria de este capítulo, dictaminado por el Tribunal Constitucional en 2015¹⁰⁰. Se trató de un farmacéutico que era cotitular de una farmacia en una zona céntrica de la ciudad de Sevilla, al que el Delegado Provincial de Salud de Sevilla de la Junta de Andalucía le impuso una sanción por la comisión de una infracción grave consistente en que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel O'750 mg., conocido como PDD. Frente a la citada sanción el farmacéutico invocó su condición de objetor de conciencia, que tenía declarada en el registro abierto para tal fin por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla.

El Tribunal Constitucional apoyó su sentencia estimatoria de la pretensión del farmacéutico en lo que denominó “la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada píldora del día después”. De esta forma, manifestó que “la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional”¹⁰¹.

Debe significarse que el Tribunal Constitucional otorgó el amparo constitucional al farmacéutico por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica, exclusivamente en lo que concernía a la falta de existencias mínimas de la PDD,

⁹⁷ Rodríguez MaJ: La anticoncepción desde la farmacia comunitaria. Una visión clínica. En: Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos (Sánchez-Caro J, Abellán F, coordinadores) Fundación Salud 2000, Comares, 2010, 61-79.

⁹⁸ Aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en diciembre de 2000.

⁹⁹ Art. 5.10 de la Ley 8/1998, de 16 de junio, de ordenación farmacéutica de La Rioja (BO La Rioja, nº. 74, de 20 de junio de 1998); art. 6 de la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia (DO de Galicia, nº. 99, de 26 de mayo de 1999); art. 3.2 de la Ley 7/2001, de 19 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cantabria (BO de Cantabria, nº. 249, de 27 de diciembre de 2001); art. 17 de la Ley 5/2005, de 27 de junio, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha (DO de Castilla-La Mancha, nº. 131, de 1 de julio de 2005).

¹⁰⁰ Sentencia nº. 145/2015, de 25 de junio, Tribunal Constitucional (Pleno).

¹⁰¹ Fundamento jurídico 4, de la citada Sentencia nº. 145/2015, de 25 de junio, Tribunal Constitucional (Pleno).

VI. Objeción de conciencia

declarando la nulidad de la resolución sancionadora en ese punto, pero no respecto de la negativa a disponer y dispensar preservativos. Las circunstancias referidas de que el farmacéutico estuviera inscrito como objetor en su colegio, y de que la oficina de farmacia se hallara en un sitio céntrico y las pacientes tuvieran más alternativas fueron factores de influencia en la estimación del recurso.

Sin duda se trata de una resolución muy controvertida, como lo prueba el que hubiera varios votos particulares de magistrados que se opusieron al fallo. Además, parece no haber tenido en consideración que el mecanismo de acción de la PDD es el mismo que el de un anticonceptivo hormonal de uso regular. Como es sabido, tanto la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Sociedad Española de Contracepción y otras sociedades científicas han manifestado que el principal mecanismo de acción de este medicamento es la inhibición o retraso de la ovulación, y que no puede impedir la implantación de un óvulo fecundado, ni interrumpir un embarazo ya establecido, ni dañar un embrión en desarrollo¹⁰².

¹⁰² Casos clínicos en contracepción. Aspectos clínicos, éticos y legales (Coord. Esther de la Viuda García), op. cit., 99-103.



Bibliografía

Bibliografía General

Abellán F. (Coord.): Manual de consultas bioético-legales en la farmacia comunitaria, SEFAC, 2012.

Abellán F., Sánchez-Caro J.: La responsabilidad médica por la información del medicamento, Fundación Salud 2000, Comares, Granada, 2007.

De la Viuda E. (Coord.): Casos clínicos en contracepción. Aspectos clínicos, éticos y legales, Gedeon Richter, 2015.

Izquierdo F., Zamarriego J.J. (Coords.): Aspectos jurídicos en Ginecología y Obstetricia, SEGO, 2008.

Martín Sánchez I. (Coord.): Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos, Comares, Granada 2008.

Navarro-Valls R., Martínez-Torrón J.: Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997, 12-15.

Sánchez-Caro J., Abellán F. (Coords.): Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos, Fundación Salud 2000, Comares, 2010.

Sánchez-Caro J. (Director): 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, Comunidad de Madrid, 2009.

Sánchez-Caro J., Abellán F.: Enfermería y Paciente. Cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario. Univ. Europea de Madrid, Comares, Granada 2007.

Sánchez-Caro J., Abellán F.: Derechos del médico en la relación clínica. Fundación Salud 2000, Comares, Madrid, abril 2006.

Sánchez-Caro J.: Intimidad, Salud y Constitución. En: La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías. Universidad Rey Juan Carlos, Defensor del Paciente en la Comunidad de Madrid, 2004, 45-58.

Sánchez-Caro Jes., Sánchez-Caro Jav.: El médico y la intimidad. Díaz de Santos, 2001.

Sánchez-Caro J., Abellán F.: Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Fundación Salud 2000, Comares, 2003.



www.sec.es



www.derechosanitarioasesores.com



Exeltis
Rethinking healthcare

Editado por gentileza de
Laboratorios Exeltis Healthcare S.L.U.