

El consentimiento de las personas drogodependientes ante la prueba de VIH/SIDA.

Alventosa del Río, Josefina

Prof. Titular de Derecho civil. Universitat de Valencia

Según las estadísticas, en España, el porcentaje más elevado de personas afectadas por el VIH/SIDA lo constituyen los usuarios de drogas por vía parenteral. Por lo que la situación de dichas personas se agrava al incidir en ellas la problemática derivada de uno y otro padecimiento. De hecho, la afección de VIH/SIDA por personas drogodependientes se manifiesta como uno de los casos que tiene mayor índice de mortalidad debido a varias causas, entre las que se pueden citar: en primer lugar, el desconocimiento de la propia infección al no realizarse la prueba de VIH/SIDA; en segundo lugar, el hecho de que entre los usuarios no se aplican las medidas de protección aconsejadas, y, con ello, se provocan infecciones del virus y nuevas reinfecciones del mismo; y en tercer lugar, la no adherencia o la inconstante adherencia al tratamiento prescrito, que, como se sabe, es fundamental para paralizar el desarrollo de la enfermedad.

Como punto de partida para la aplicación de los tratamientos para frenar la evolución de la enfermedad hay que considerar la realización de la prueba del test de detección del VIH/SIDA, que es la misma para todo tipo de población, incluidas las personas drogodependientes.

Esta es la finalidad fundamental de la prueba de VIH/SIDA, la de identificar a las perso-

nas afectadas por dicho virus con el propósito de suministrarles un tratamiento adecuado, la correspondiente información acerca del padecimiento de dicha afección y la educación sanitaria complementaria a fin de evitar comportamientos que conlleven riesgo de infección para la propia persona o para terceros. Además, la prueba de VIH/SIDA cumple también otras finalidades: sirve para conocer el estado actual de la epidemia y para evaluar su expansión a nivel local, nacional e internacional.

La prueba de VIH/SIDA puede realizarse individualmente o globalmente, de modo voluntario u obligatorio.

En el caso de que se realice sistemáticamente a grupos de población, nos encontramos ante lo que se denomina cribaje o *screening*, que, además de identificar a los sujetos afectados de VIH/SIDA, tiene como finalidad fundamental el conocimiento de la epidemia en cuanto determina la prevalencia y la incidencia de la infección en grupos o poblaciones determinadas. Existen distintos tipos de cribaje: el cribaje nominado, en el que el sujeto se identifica totalmente; el cribaje anónimo vinculado, en el que el sujeto se identifica a través de códigos; y el cribaje anónimo no vinculado, en el que no existe identificación alguna, salvo la población definida a la que pertenece la muestra analizada.

— Correspondencia a:

E-mail: josefina.alventosa@uv.es



Sin embargo, y a pesar de los beneficios evidentes que comporta la realización de dicha prueba, se ha cuestionado social y jurídicamente, el modo en que se debe realizar:

En España, la prueba de detección del VIH/SIDA es individual y voluntaria, lo cual se fundamenta en diversas razones legales.

En primer lugar, en el ámbito de nuestro Derecho sanitario, rige el principio de voluntariedad y libertad en los tratamientos sanitarios, previa la información correspondiente, consagrado expresamente en el artículo 10, número 6, de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, al disponer que todos los usuarios tienen derecho "A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos(...)". Esta es la regla general que, sin embargo, tiene excepciones señaladas en el mismo precepto, de modo que tal consentimiento no será necesario: "a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento". El contenido de esta norma viene subrayado por la disposición del número 9 del mismo artículo al establecer que el usuario tiene derecho "A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado ó; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente". Esta relevancia del consentimiento informado para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte al paciente ha sido puesta de relieve

también en la Ley 21/2000, de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica; en la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, y en el Proyecto de Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, presentado a las Cortes Españolas el 16 de abril de 2001.

Este principio de voluntariedad en los tratamientos sanitarios es consecuencia del principio de respeto a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, y al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 10 de la Constitución Española como fundamento del orden político y de la paz social, y que determina el respeto al principio de autonomía de la voluntad de la persona y a la decisión de configurar su proyecto vital como estime más oportuno en todos los ámbitos de su vida, con respeto a las leyes y a los principios generales que conforman nuestro ordenamiento jurídico. Este principio es recogido también, de una manera concreta, en el citado artículo 10 de la Ley General de Sanidad, en su número 1, al disponer que todos tienen derecho "Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político y sindical".

En segundo lugar, la imposición obligatoria de la prueba de detección podría vulnerar el derecho a la integridad física y moral, consagrado en el artículo 15 de la Constitución como un derecho fundamental de la persona, que supone el respeto a todos los atributos físicos de la misma y la no injerencia en su ser corporal sin su consentimiento.



En tercer lugar, la imposición obligatoria de dicha prueba podría significar una intromisión en el ámbito de la intimidad de la persona, que la Constitución protege en el artículo 18 de la misma como derecho fundamental, y que implica la exclusión del conocimiento por los demás de cuanto hace referencia a la propia persona.

En cuarto lugar, dado el principio de no discriminación que se ha consagrado en el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe la discriminación, entre otras causas, *por cualquier condición o circunstancia personal o social*, la imposición del test de detección podría considerarse como una vulneración de este principio general en relación a otras enfermedades respecto de las cuales no se impone obligatoriamente la prueba de identificación de las mismas, a pesar de que las vías de transmisión son más directas.

Por último, existen además otras razones que, según los expertos, desaconsejan la imposición obligatoria de la prueba de VIH/SIDA. Entre ellas, podemos señalar que con la imposición del test de detección no se lograría evitar la expansión de la epidemia, puesto que las personas seronegativas en el momento de la realización de la misma pueden seropositivizarse en un momento posterior; que la obligatoriedad del test tendría un elevado coste económico, a pesar de lo cual no se obtendría el resultado pretendido con éste; y que dicha obligatoriedad determinaría en las personas un miedo social, que les impediría acudir a recibir la aplicación de un tratamiento efectivo, aunque esta última razón cada día tiene menor importancia pues prevalece actualmente la idea entre las personas que tienen prácticas de riesgo de que la prueba es necesaria para un mejor control de la infección.

Por tanto, en España, la prueba de VIH/SIDA es voluntaria y requiere el previo consentimiento de la persona, después de la adecuada información, guardando la debida confidencialidad, tanto en el marco de la salud pública como en el de la salud privada (por aplicación del citado art. 10, núms. 6 y 9, de la LGS a los servicios sanitarios privados, según dispone el núm. 15 del mismo precepto).

Como consecuencia de ello, cuando la prueba se efectúa a grupos de población se debe rechazar el sistema de cribaje nominado, y quizá también el cribaje anónimo vinculado, puesto que ambos presentan desventajas, señaladas por los expertos, en cuanto el primero vulnera el principio de voluntariedad y de confidencialidad, y el segundo, además, no resulta efectivo si la persona afectada no recoge sus propios resultados. Sin embargo, la OMS estima aceptable el cribaje anónimo no vinculante, que supone un tipo de prueba, la mayor parte de las veces basadas en análisis rutinarios sin notificación, que se realiza automáticamente, a menos que el sujeto expresamente se niegue a realizarlo, puesto que no vulnera el principio de confidencialidad; aunque se le ha criticado que puede romper el principio de voluntariedad y que no se puede informar a las personas afectadas. Bien es cierto que este tipo de cribaje está únicamente pensado para conocer el estado de la epidemia en una población definida. Y de hecho, en nuestro ámbito jurídico se ha permitido en varias Resoluciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, en las que se publicaban los distintos Convenios suscritos entre dicho Ministerio y diversas Consejerías de Sanidad de diferentes Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Canarias, Castilla y León, Galicia, Castilla-La Mancha, Cataluña, Murcia, Asturias, Madrid,



Comunidad Valenciana), para el desarrollo de actividades específicamente dirigidas a conocer la seroprevalencia del VIH en la población general, a través de muestras de sangre sobrantes de los programas de detección precoz de metabolopatías en recién nacidos mediante el procedimiento de anónimos no relacionados.

A pesar de todo ello, se ha planteado la cuestión, tanto en España como en otros países, de imponer la prueba de VIH/SIDA con carácter obligatorio a determinados grupos de población. Entre ellos se han señalado a los futuros contrayentes de matrimonio, las mujeres embarazadas, la población penitenciaria, las personas que ejercen la prostitución, los inmigrantes y los trabajadores. Esta posibilidad se encuentra impedida por las razones legales que se han expuesto, especialmente por el principio de voluntariedad que rige en los tratamientos sanitarios, además de otras que específicamente se aducen para cada tipo de población propuesto.

No se ha planteado, sin embargo, la posibilidad de establecer obligatoriamente esta prueba a las personas drogodependientes como uno de estos grupos específicos.

No obstante, por considerar que los usuarios de drogas por vía parenteral tienen prácticas de riesgo consideradas como causa de adquisición del virus VIH/SIDA, se han planteado algunas cuestiones en torno a la imposición del test de detección en distintos ámbitos.

Por su importancia, se presta especial atención a la imposición del test de detección en el ámbito laboral, dado el volumen numérico de personas que integran esta población, y en el ámbito sanitario, por su incidencia directa en la vida de estas personas.

En el *ámbito laboral* no cabe la imposición del test de detección del VIH/SIDA por las razones generales expuestas, que se reiteran en normas laborales más concretas. En primer lugar, porque en dicho ámbito rige también el artículo 10, números 6 y 9, de la Ley General de Sanidad, y, por tanto, para dicha prueba es necesario el consentimiento del trabajador. En segundo lugar, porque rige el principio de respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos, reconocidos de manera expresa, además de en las normas generales citadas anteriormente, en el artículo 4. 2, e), del Estatuto de los Trabajadores. En tercer lugar, porque la exigencia de dicha prueba podría suponer un acto de discriminación, prohibido expresamente en los artículos 4.2, c), y 17.1, del Estatuto de los Trabajadores. En cuarto lugar, porque podría suponer un atentado a su integridad física (art. 15 de la CE). Y en quinto lugar, porque podría suponer un atentado a su intimidad, reconocida explícitamente en el artículo 4. 2, e), del Estatuto de los Trabajadores, además de en las normas generales ya citadas.

Por tanto, también en el ámbito laboral se debe pedir el consentimiento del trabajador para realizar la prueba de VIH/SIDA. Este es además el criterio del Gobierno español, que fue expuesto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ante una pregunta formulada en el Congreso de los Diputados el 10 de febrero de 1988. Y la postura de la OMS y de la OIT en la Declaración conjunta que ambas organizaciones formularon sobre el SIDA y el lugar de trabajo en 1988. Directrices que fueron recogidas en la Nota informativa de la Dirección General de Trabajo de 10 de agosto de 1989 (que incorporaba el criterio de la Subdirección General de Información Sanitaria y Epidemiología del Ministerio de



Sanidad y Consumo), en cuyo párrafo primero se afirmaba que los criterios para resolver las cuestiones planteadas en cuanto a la obligatoriedad de la realización de las pruebas del SIDA, deben ser los mismos que los que se aplican para valorar la posibilidad de reconocimientos médicos o pruebas del estado de salud de los trabajadores, y, tomando como base los artículos 20, número 1, 4, número 2 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, señala que el trabajador puede rechazar, sin consecuencias negativas para él, la realización de pruebas que hagan referencia a su estado físico, salvo en aquellos supuestos en que estas circunstancias del estado físico puedan generar riesgos para la salud del propio trabajador; del resto de los trabajadores o de terceras personas en contacto con la empresa, puesto que en estos casos se podría provocar situaciones atentatorias contra el derecho a la salud de estas personas.

En el ámbito sanitario también se ha planteado la posibilidad de imponer el test de detección tanto a los profesionales sanitarios como a los pacientes.

Por lo que se refiere a los profesionales sanitarios, entre los que cabe la posibilidad, demostrada en la realidad social, de adictos a drogas por vía parenteral, la cuestión se planteó en Estados Unidos a raíz del conocido caso Kimberly Bergalis, cuando esta paciente declaró haber contraído el virus VIH/SIDA en la consulta de su dentista; esto produjo una enorme alarma social entre los pacientes de este dentista, como consecuencia de una carta póstuma que dejó, publicada en la prensa, en la que recomendaba a sus clientes que se hicieran la prueba del SIDA. Las investigaciones epidemiológicas posteriores entre los clientes del dentista dieron como resultado que seis de sus pacientes estaban infectados por el virus, admitiéndose que la transmisión del mis-

mo se podía haber producido efectivamente del dentista a los pacientes durante la práctica de procedimientos invasivos, aunque se desconocía si éste utilizaba en todos los pacientes las Medidas de Precaución Universal o había utilizado instrumental sin descontaminar. Este hecho provocó una gran inquietud en la sociedad norteamericana, que exigió una actitud de protección por parte de las autoridades sanitarias. Como consecuencia de ello, se dieron reacciones diversas, recomendando algunos estados norteamericanos y europeos a los profesionales sanitarios y a los pacientes la realización de la prueba del SIDA, y otros desaconsejando a los mismos la prueba generalizada. La cuestión tuvo implicaciones fatales, pues supuso el despido y la existencia de actitudes discriminatorias respecto a los profesionales afectados.

Se ha comprobado que el riesgo de transmisión de profesionales infectados a pacientes es mínimo. Así, un estudio del CDC de Atlanta, realizado en 1993, como consecuencia del caso anterior, sobre 22.000 pacientes que habían sido tratados por 63 profesionales sanitarios infectados (dentistas, cirujanos, médicos internistas, entre otros), dio como resultado que el riesgo medio de transmisión del VIH/SIDA a un paciente como consecuencia de un accidente percutáneo durante un procedimiento invasivo, es del 2'4 a 24 por millón, siendo mayor el riesgo de transmisión del virus de la hepatitis B.

A pesar de ello, en España, existen posturas diferentes respecto a la obligatoriedad de la prueba de VIH/SIDA a los profesionales sanitarios.

Para unos autores, el profesional infectado debe poner en conocimiento de su paciente esta circunstancia cuando se trate de procedimientos invasivos, pues en el conflicto entre el derecho a la intimidad del personal sa-



nitario y el derecho a la protección de la salud del paciente debe primar el segundo. De la misma manera, dichos profesionales deben comunicar su infección a dichos pacientes si descubren que han contraído el virus después de la intervención efectuada. Mientras que si sólo se trata de técnicas exploratorias o terapéuticas no invasivas, sin riesgo de transmisión, no sería necesaria tal comunicación.

Frente a esta postura, otros autores estiman que los profesionales sanitarios no están obligados a comunicar su estado de seropositividad a los pacientes ni abstenerse de ejercer su profesión, puesto que las vías de transmisión del virus son muy concretas y basta con extremar las medidas de precaución y asepsia establecidas por las autoridades españolas e internacionales.

Pero la Dirección General de Trabajo y la Secretaría General de Información Sanitaria y Epidemiología del Ministerio de Sanidad y Consumo, en la citada nota informativa de 10 de agosto de 1989, citada anteriormente, se mostró partidaria de imponer obligatoriamente dicha prueba en aquellos casos en que resulte científicamente comprobado el riesgo de transmisión del virus, siendo los médicos y las Instituciones sanitarias quienes deberían considerar si es oportuno o no la realización del mismo, y en consecuencia permitir al profesional la continuación de su trabajo o no, en especial, el relativo a la realización de procedimientos invasivos. A estos efectos, se consideran procedimientos invasivos con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea aquellos en los que las manos enguantadas del trabajador pueden estar en contacto con instrumentos cortantes (espículas de hueso, dientes), situadas en el interior de una cavidad abierta del cuerpo, herida o espacio anatómico, o aquellos en los que las manos o las puntas de los dedos

pueden no estar completamente visibles durante o parte del procedimiento. Con respecto a la continuación en su trabajo de un profesional sanitario afectado, el Ministerio de Sanidad y Consumo recomendó la creación de Comisiones Asesoras o de Evaluación de Trabajadores Sanitarios que puedan fundamentalmente servir de órganos de consulta en la valoración de tales situaciones. En este sentido, el Departamento de Sanidad del País Vasco creó en 1994 la Comisión de Evaluación de Trabajadores Sanitarios afectados por VIH/VHB, que sigue funcionando, al parecer, con buenos resultados. Por otra parte, y en relación al test de detección, las directrices que se siguen respecto al trabajo de los profesionales afectados fue expuesta en una Recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo de 1995, en la que se consideraba que "(...) a la vista de la escasísima evidencia científica que respalde un riesgo real de transmisión del VIH desde personal sanitario a pacientes, la decisión debe ser individualizada en relación con el tipo de actividad de cada profesional y sus condiciones físicas y psíquicas, tomando si es preciso decisiones temporales renovables en función de su evolución". Más recientemente, la Comisión Asesora del Plan del SIDA del Ministerio de Sanidad actualizó dichas directrices en unas *Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC)*, de 1998, en donde se distinguen tres tipos de situaciones diferentes:

Para los trabajadores sanitarios que no realizan procedimientos invasores y que aplican a su trabajo las Precauciones Universales, se recomienda que sigan desarrollando su labor habitual, practicándoseles los controles médicos adecuados.



Para los trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores no incluidos entre los que pueden predisponer a exposiciones accidentales y que aplican en su trabajo las Precauciones Universales, se recomienda que continúen desarrollando su labor habitual, siguiendo sus controles clínicos, pudiendo su médico realizar las consultas que considere oportunas a la Comisión de Evaluación de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Para los trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores con riesgo de exposiciones accidentales, se considera que no parece justificada una recomendación generalizada de que todos los profesionales sanitarios infectados dejen de realizar tales procedimientos, dado el riesgo extremadamente bajo de transmisión del VIH/SIDA a un paciente, por lo que cualquier decisión que se adopte debe serlo de forma particularizada, teniendo en cuenta el tipo de actividades de cada profesional, sus condiciones físicas y psíquicas, y su actitud personal, añadiendo que todo profesional sanitario infectado por el VIH/SIDA en cuyo trabajo se realicen este tipo de procedimientos deberá informar a su médico, y éste a la Comisión de Evaluación. Sin embargo, en el mismo documento se señala que si estos profesionales sanitarios son portadores del antígeno de superficie (Ag HBs) y del antígeno e (Ag e) del VHB deben suspender la práctica de estos procedimientos hasta que los indicadores de infectividad desaparezcan.

Como se observa, sin embargo, todas estas directrices no son más que recomendaciones. Pues desde el punto de vista legal es requisito necesario para la realización de la prueba el consentimiento de la persona. Además, se esgrimen otras razones para no imponer su obligatoriedad. En primer lugar, dadas las vías de

transmisión del virus se entiende que sería suficiente utilizar las Precauciones Universales. En segundo lugar, el hecho de obligar a un profesional sanitario a hacerse la prueba en un determinado procedimiento invasivo no garantiza que en otro resultase seropositivo, con lo que se trunca la finalidad de la prueba; de manera que para garantizar la seronegatividad de dicho profesional a la hora de efectuar estos procedimientos se debería realizar constante y sistemáticamente dicha prueba, con el consiguiente coste económico que esto representa e interferencias en el desarrollo normal de su labor sanitaria. En tercer lugar, el hecho de someterse a la prueba inmediatamente antes de realizar el procedimiento invasivo no garantiza que sea seronegativo debido al denominado período ventana, aunque ya se haya descubierto un test en el que se detecta la presencia del virus desde que éste se contrae, pero aún resulta excesivamente costoso para ser aplicado habitualmente. Y en cuarto lugar, el hecho de obligar a un profesional a realizarse la prueba por sospecha de infección, supondría dejar de obligar a otros profesionales que no fueran sospechosos, y sin embargo fueran seropositivos.

Varias de estas razones, además de las expuestas desde el punto de vista legal, son aplicables a la posibilidad de imponer esta prueba al paciente, incluso al paciente drogodependiente.

En las investigaciones clínicas realizadas se ha puesto de relieve que se producen más casos de transmisión del virus VIH/SIDA de pacientes a profesionales que al contrario. No obstante, los casos de transmisión de pacientes a profesionales más habituales han sido los pinchazos con agujas en personal sanitario, los casos de transmisión a través de la mucosa, o piel no intacta y la transmisión cutánea debida a cortes con objetos afilados.



En España, la mayor parte de los accidentes se ha producido en personal de enfermería al aplicar tratamiento buscando vías sanguíneas o haciendo extracciones de sangre, muchos de los cuales se han producido al enfundar la aguja en el protector de plástico; en cirujanos al dar puntos de sutura; y en algún personal de limpieza, al recoger los contenedores o limpiar las zonas de trabajo.

Ante esta situación, la respuesta de los expertos también es diversa.

Para unos autores, el paciente tiene la obligación de comunicar su condición de seropositividad si es conocida con anterioridad al inicio de los tratamientos invasivos y entraña riesgos para el profesional sanitario. Por idénticas razones a las expuestas para los profesionales sanitarios: el derecho a la protección de la salud de éstos es superior al derecho a la intimidad de los pacientes.

Para otros autores, no es necesaria la obligatoriedad de la prueba a los pacientes en razón de que conocidas las vías de transmisión y los medios de prevención, todo profesional sanitario debe utilizar las medidas de Precaución Universales, dado además que, realizada la prueba y siendo negativa, podría resultar que el paciente estuviera en el denominado período ventana.

Las razones legales para fundamentar la no obligatoriedad de la prueba de test de detección del VIH/SIDA a los pacientes son las mismas ya señaladas al principio, por lo que no cabe reiterarlas aquí. Por otra parte, en las citadas Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios de la Comisión Asesora del Plan del SIDA DE 1998 se considera que no está justificado tampoco realizar pruebas obligatorias de detección de VIH/SIDA y VHC en los pacientes.

No obstante, con respecto a los pacientes drogodependientes se ha planteado la cuestión de si cabe, en determinadas situaciones, excepcionar la obligatoriedad de requerir su consentimiento informado en la realización de las pruebas del test de detección del VIH/SIDA. Dichas situaciones han sido las siguientes:

En los casos en que estos pacientes pueden devenir incapaces para entender y emitir dicho consentimiento en algún momento como consecuencia de su adicción a las drogas por vía parenteral. Este supuesto parece que tiene su solución en el citado artículo 10 de la Ley General de Sanidad, en su número 6, apartado b), en cuanto este prevé que cuando el paciente *"no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas"*. Esta es una excepción a la obligatoriedad de pedir el consentimiento informado que pesa sobre el profesional sanitario y que es común a cualquier paciente, incluidos los pacientes drogodependientes. Dicha excepción también es contemplada en las Leyes específicas sobre consentimiento informado de Cataluña y de Galicia ya citadas, en la primera de las cuales su artículo 3, número 2, establece que *"En caso de incapacidad del paciente, éste ha de ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de que se haya informado también a quien tenga su representación"*, añadiendo el número 3 que *"Si el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para entender la información porque atraviesa un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, se ha de informar también a los familiares o las personas vinculadas a él"*; por su parte, el artículo 6 de la Ley de Galicia señala que *"Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las*



siguientes: a) *Cuando el paciente esté circunstancialmente incapacitado para tomar decisiones, el derecho corresponderá a sus familiares y, en defecto de éstos, a las personas a él allegadas.- En caso de los familiares se dará preferencia al cónyuge, en su defecto a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los de mayor edad*". No obstante, la sustitución del consentimiento informado es un tema general que, de suyo, plantea una problemática específica, que no puede ser desarrollada en esta sede.

En segundo lugar, también se ha planteado la cuestión de omitir el consentimiento de la persona drogodependiente en las situaciones de urgencia, cuestión resulta también en el citado número 6 del artículo 10, apartado c), que dispone que no será necesario recabar tal consentimiento "*cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento*". En algunos Hospitales, en base a esta disposición, existen protocolos que permiten en las situaciones de urgencia la realización de la prueba del VIH/SIDA sin solicitar el previo consentimiento del paciente, sobre todo, para, a la hora de intervenciones quirúrgicas o aplicación de tratamientos urgentes, no aplicar medidas incompatibles con el desarrollo de esta enfermedad o con la medicación que esté tomando el paciente si así lo está haciendo.

Por último, la cuestión de obviar el consentimiento del paciente también se ha planteado en las situaciones muy puntuales en que un profesional sanitario ha realizado extracción de sangre, o procedimientos de búsqueda de venas, o intervenciones con instrumentos cortantes, y, por accidente, se ha pinchado con la misma aguja o cortado con los mismos instrumentos, conociendo la situación del paciente de ser adicto a las drogas por

vía parenteral. En estos supuestos, se recomienda que el profesional se realice la prueba del test, pero dado el período ventana, se recomienda también la realización de la prueba al paciente, incluso sin su voluntad. Así, las citadas Recomendaciones de la Comisión Asesora del Ministerio de Sanidad de 1998, quien defendiendo en principio que no se realicen la pruebas de detección de manera obligatoria a pacientes y profesionales sanitarios, sin embargo las permite en estas situaciones extremas, señalando que "*Sólo en el caso de que ocurra un accidente con exposición del paciente a la sangre del profesional o viceversa, se podría realizar a ambos las pruebas serológicas pertinentes y llevar a cabo el seguimiento de cualquiera de ellos que haya podido ser sometido al riesgo de ser infectado por tales virus*". Ésta es una de las situaciones más delicadas que no tienen una solución jurídica clara. Cabría distinguir según el paciente drogodependiente fuera capaz o no. Si no estuviere capacitado para dar su consentimiento, se aplicaría la norma anterior del número 6, c), del artículo 10 de la Ley General de Sanidad. Pero si estuviera capacitado, debería pedirse primero su consentimiento, y ante la negativa de éste, podría invocarse el estado de necesidad que prevé el artículo 20, número 5, del Código penal.

A la vista de la normativa expuesta, se observa que no existe un deber del paciente drogodependiente de someterse obligatoriamente a la prueba del test de detección del virus VIH/SIDA, puesto que le ampara el principio de autonomía de la voluntad en la realización de cualquier procedimiento de diagnóstico o tratamiento. Pero esta afirmación no significa que no sea responsable *a posteriori* de la transmisión del virus a otra persona, puesto que nuestros Tribunales han determinado ya que una transmisión del virus VIH/



SIDA por persona infectada conocedora de su seropositividad a tercera persona seronegativa que desconocía el estado de seropositividad de aquél determina una responsabilidad civil y penal (así en las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de enero de 1996, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 1997, y de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de septiembre de 2001).

Pese a todo lo dicho anteriormente, hay algunas situaciones en las cuales la prueba de VIH/SIDA es obligatoria. Tal sucede en las donaciones de sangre, plasma sanguíneo y productos hemoderivados, para las que se estableció dicha prueba en diferentes normas, entre ellas, en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de febrero de 1987, Resolución de dicho Ministerio de 10 de marzo de 1987 y Real Decreto de 27 de octubre de 1993. Por su parte, la Orden de 24 de junio de 1987 del Ministerio de Sanidad y Consumo estableció la obligatoriedad de estas pruebas en materia de obtención, extracción y trasplantes, injerto e implantación de órganos humanos. Y, por último, en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, la Orden de 15 de julio de 1988, del Ministerio de Sanidad y Consumo, dispuso la realización de dichas pruebas en las intervenciones médicas para la obtención, utilización y recepción del semen con fines de reproducción humana. Todas estas normas vienen presididas por el principio de confidencialidad.

Ahora bien, aunque la prueba en todos estos casos es obligatoria, no se puede eludir el deber de informar a la persona en cuestión antes de realizar la prueba, y ésta, en virtud de las disposiciones legales, ha de dar su consentimiento. Sin su consentimiento no

se puede realizar la prueba de detección. Si el posible donante o receptor se niega a que se la realicen, entonces debe excluirse de la donación. Por otro lado, el resultado de dicha prueba debe ser comunicado a la persona en cuestión, por si diere lugar a un resultado positivo, a fin de proceder a informar del tratamiento y de otros extremos de su padecimiento.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que en nuestro ordenamiento jurídico el consentimiento de la persona es determinante de la realización de la prueba del VIH/SIDA, con las excepciones y límites que se han señalado.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *SIDA y Derecho al trabajo a la educación*, en "Revista General de Derecho", Sección de Derecho y Bioética, 1995, págs. 361-3626. Y *Relevancia jurídica del consentimiento en la prueba de VIH/SIDA*, Revista "El médico", 2 de junio de 2000, págs. 56-64.

DE ANDRÉS, R., NÁJERA, R., *Accidentes en personal sanitario*, Madrid, págs. 399-431.

ESTÉBANEZ, P., FITCH, K., NÁJERA, R., *La prueba del VIH en el marco de la salud pública*, SEISIDA, vol. 4, núm. 4, abril 1993, págs. 96-99.

ROMEO CASABONA, C.M., *Responsabilidad médico sanitaria y Sida*, en "Actualidad Penal", núm. 32, 1993, págs. 455-491.

SÁNCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J.R., *Derecho y Sida*, Madrid, 1995.

ZULAICA ARISTI, D., *Problemática del trabajador sanitario seropositivo a VIH*, SEISIDA, vol. 8, núm. 4, abril 1997, págs. 267-269.