

## **La ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (y II).**

Alventosa del Río, Josefina

Profesora Titular de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Universidad de Valencia

### *Resumen*

En el presente trabajo se va a terminar de exponer la segunda parte del contenido básico de la reciente Ley sobre autonomía de los pacientes, con referencia expresa a las leyes autonómicas sobre la misma materia. Esta parte se centra en el otorgamiento del consentimiento atendiendo a la capacidad de obrar del sujeto, y en la regulación del documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas, con requisitos más precisos en las leyes autonómicas. En la misma ley también se establece una regulación mínima sobre el contenido de la historia clínica y la protección de los datos que allí figuran.

### *Palabras Clave*

Autonomía del paciente, derechos de los pacientes, derecho a la intimidad, consentimiento informado, consentimiento por sustitución, instrucciones previas, voluntades anticipadas, historia clínica, documentación clínica.

### *Summary*

On the present article showing the second part of Law about patients autonomy, with concert reference to autonomic laws on same material. This part focusing at consent respect person capacity to proceed, and the regulation of document to advance wishes or previous instructions, with more strict regulations on autonomic laws. This law also establish the minimum regulation about clinical history contents and his date protection.

### *Key Words*

Patient autonomy, patients right, intimacy right, informed consent, consent by substitution, previous instructions, advance wishes, clinical history, clinical documentation.

Correspondencia a:

josefina.alventosa@uv.es



## Résumé

Avec ce travail on va finir d'exposer la seconde partie du contenu basique de la récente loi sur l'autonomie du patient, avec une exprimé référence à les lois autonomiques sur la même matière. Cette partie se centre sur l'octroi du consentement considérant la capacité d'agir du sujet, et sur la régulation du document des volontés anticipées ou des instructions précédentes, avec des conditions plus nécessaires requises chez les lois autonomiques. On statue aussie dans la même loi une régulation minime sur le contenu de l'histoire clinique et sur la protection des données qu'y figurent.

## Most Clé

Autonomie du patient, droits des patients, droit à l'intimité, consentement informé, consentement par substitution, instructions précédentes, volontés anticipées, histoire clinique, documentation clinique.

## IV. EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO Y LA CAPACIDAD DEL PACIENTE.

Siguiendo la distinción que realiza nuestro Código civil atendiendo a la edad y al entendimiento del sujeto, se pueden señalar cuatro situaciones diferentes en la que se puede encontrar el paciente a la hora de otorgar el consentimiento: la mayoría de edad, la emancipación, la minoría de edad, y la incapacitación.

### I. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO POR PACIENTE MAYOR DE EDAD Y MENOR EMANCIPADO.

Como es sabido, actualmente la **mayor edad** empieza a los dieciocho años cumplidos, según el artículo 12 de la Constitución Española y 315 del Código civil, mayoría que

opera no sólo en la esfera civil, sino también, por aplicación del Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978, en los ámbitos administrativo, político o de cualquier otra naturaleza. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la ley, de acuerdo con lo que dispone el artículo 322 del Código civil, por lo que el sujeto adquiere la plena capacidad de obrar y no sólo en el ámbito del Derecho civil, sino también en los demás ámbitos jurídicos, como se acaba de apuntar. Por tanto, el mayor de edad puede decidir sobre todos aquellos actos que le afecten, a menos que la ley restrinja su capacidad o que el mismo la tuviera restringida por causas naturales.

En la legislación específica relativa al consentimiento informado se hace referencia a las dos situaciones señaladas.

En cuanto a las restricciones impuestas por la ley, cabe recordar que dicha legislación excluye el consentimiento del paciente en el

<sup>13</sup> *Dicho precepto señala:* "Cuando según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización".



caso de que exista riesgo para la salud pública, como se ha indicado anteriormente.

Por lo que se refiere a la restricción de la capacidad del paciente por otras causas, ésta puede deberse a diversas circunstancias: a que el paciente se encuentre absolutamente inconsciente; a que se encuentre en un estado físico y mental en el que no pueda tomar decisiones libres y conscientes; a que el paciente sea un incapaz natural, o a que el paciente esté incapacitado.

Dejando fuera el supuesto de que el paciente esté incapacitado judicialmente, al que se hará referencia después y que la propia legislación distingue como un supuesto diferente, en todos estos casos la legislación específica establece que el consentimiento lo deben otorgar el representante legal, y en su defecto, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (arts. 9, núm. 3, a, de la Ley; 7, 2, a, de la Ley de Cataluña; 6, a, de la Ley de Galicia; 8,2,a, de la Ley de Navarra; 9,1, de la Ley Valenciana.). En parecido sentido se pronuncia el artículo 6, número 3 del Convenio de Oviedo<sup>13</sup>

Sin embargo, estos supuestos plantean alguna duda.

En estas situaciones a la que nos estamos refiriendo de mayor de edad incapaz temporalmente por razón de su estado de salud o incapaz natural sin que medie sentencia judicial, lo habitual es que no se le haya nombrado representante legal. Pero pudiera haberse dado el caso. Si existe representante legal, obviamente, el consentimiento lo prestará

este representante. A falta del mismo, la legislación señala a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Antes que a estas personas, estimo, hay que recurrir al representante nombrado por el propio paciente en las instrucciones previas o documentos de voluntades anticipadas. Y en su defecto, a aquéllas.

Ahora bien, la legislación, excepto las leyes de Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana, no especifica a quienes se refiere cuando habla de personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, terminología que viene a sustituir la expresión utilizada en la Ley General de Sanidad de familiares del paciente o personas a él allegadas.

Para un sector de la doctrina, la referencia a los familiares del paciente sólo alcanza a los familiares más próximos en grado<sup>14</sup>.

Para otro sector, estas personas serían, por analogía, las personas que están obligadas a la prestación de alimentos (arts. 143 y 144 del C.c.), o los parientes llamados a la tutela (art. 234 del C.c.)<sup>15</sup>.

Por su parte, en la Ley de Galicia se establece que dentro 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 (art. 6, a, segundo párrafo); de la misma forma se manifiestan las leyes de Navarra y de la Comunidad Valenciana, aunque asimilando al cónyuge la persona vinculada al enfermo por análoga relación de afectividad (arts. 8, 2, a, 2º par., y 9, 1, respectivamente).

<sup>14</sup> Así, SEGURA, C., MARTÍNEZ CALCERRADA, L., en *El médico en el Derecho civil, en la obra "Derecho médico general y especial"*, Madrid, 1986, p. 106; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1984, p. 46.

<sup>15</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ BERZOSA, M.A., MARTÍNEZ CALCERRADA, J.M., *El médico en el Derecho penal, en la obra "Derecho médico general y especial"*, cit., p. 288.



Nuestro Código parece que extiende el concepto de familiares tanto a los parientes en línea recta como a los colaterales (art. 915 y sigs. del C.c.). Sin embargo, no parece esto lo más acorde con el respeto a la intimidad y confidencialidad que rige en el ámbito sanitario, impuesto por la propia Ley General de Sanidad en el citado artículo 10, números 1 y 3, y en los artículos 2, número 7, y 7, de la Ley 41/2002, por lo que la interpretación del término familiares debe ser restrictiva, y, por ende, el círculo de personas a las que se debe pedir el consentimiento cuando el paciente no pueda darlo, debe limitarse.

En este sentido, comparto la idea general de que sólo deben prestar el consentimiento en lugar del paciente afectado, los parientes más próximos en grado; y, por analogía con lo que dispone el Código civil en los supuestos de prestación de alimentos (arts. 143 y 144 del C.c.), ausencia legal (arts. 184 del C.c.), tutela (art. 234 del C.c.), sucesión legitimaria (art. 807 del C.c.) y sucesión intestada (arts. 930 y sigs. del C.c.), el orden en que deberían ser llamados a prestar dicho consentimiento sería en primer lugar el cónyuge o pareja de hecho, cualquiera que fuera su orientación sexual, allí donde estas últimas tengan relevancia jurídica; a falta de estas personas, a los hijos; y a falta de los anteriores, a los padres; no existiendo ninguno de ellos, a los hermanos. Y en todo caso, al pariente con el que conviva el paciente y a cuyo cargo se encuentre.

Estimo que la expresión personas vinculadas al paciente por razones de hecho debe referirse a las parejas de hecho, a cuya relevancia jurídica ya hemos hecho referencia, y a las personas convivientes con el paciente. Pero también podría pensarse en amistades con las que el paciente guarde una estrecha relación afectiva. Sin embargo, esto último sería difícil de probar en una situación tal como la descrita.

Si no se encuentra ninguna de estas personas la legislación ya prevé que el facultativo podrá llevar a cabo la intervención que tenga por conveniente, como se ha visto anteriormente.

Por lo que se refiere al **menor emancipado**, éstos son aquellos menores mayores de dieciséis o catorce años que dejan de estar sujetos a la patria potestad o a la tutela por las causas establecidas en los artículos 314 y siguientes del Código civil y en las circunstancias y con los requisitos señalados en estos preceptos. Con respecto a dichos menores, el artículo 323 del Código civil establece que "*La emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor (...)*", añadiendo unas limitaciones de carácter meramente patrimonial, por lo que en la esfera personal entiende la doctrina civilista que la interpretación del precepto debe ser restrictiva, no debiéndose establecer más limitaciones que las señaladas por la ley. En este sentido, el consentimiento debe ser otor-

<sup>16</sup> Véase, acerca de la capacidad de obrar del menor no emancipado, entre otros, GETE ALONSO, M.<sup>a</sup> C., La nueva normativa en capacidad de obrar de la persona. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1992; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., La protección jurídico civil de la persona por razón de la menor edad, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1992, pp.1390 y ss.; RAMOS CHAPARRO, La persona y su capacidad civil, Madrid, 1995; y SÁNCHEZ CALERO, F.J., La capacidad del menor no emancipado, en la obra colectiva "*Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*", Vol. III, Granada-Jaén, 2000, pp.1683 y ss.

<sup>17</sup> Vgr. arts. del C.c., 154, 156, con referencia a la patria potestad en caso de desacuerdo de los padres; 159, en la atribución de la custodia de los hijos; 231, 237, en la constitución de la tutela; 273, 280, en la aprobación de los actos del tutor.



gado por el propio emancipado, y no por representación (así se establece explícitamente en los arts. 9, 3, c, prop. 3ª, de la Ley; 7, 2, d, de la Ley de Cataluña; 8, 2, b, 2º parr., de la Ley de Navarra; 9, 2, de la Ley Valenciana, y 28, 3, de la Ley de Castilla-León).

## 2. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN CASO DE PACIENTE MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.

La minoría de edad es un estado de la persona que va desde que nace hasta que se emancipa o alcanza la mayoría de edad. Por lo que las condiciones de madurez y de entendimiento de un menor son muy diferentes a lo largo de ese período de tiempo.

En principio, jurídicamente, al menor de edad o no se le reconoce capacidad de obrar (vgr. un recién nacido) o se le reconoce una capacidad de obrar limitada en los supuestos señalados por la ley<sup>16</sup>. El código civil dispone que dicha capacidad de obrar la suplen bien los padres o bien los tutores (arts. 162 y 222 del C.c. respectivamente). Tanto las funciones de la patria potestad como las funciones tutelares, éstas últimas bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, deben ejercerse en beneficio del menor de edad (arts. 154 y 216

del C.c.). Estas funciones comprenden el deber de velar por los menores, alimentarlos, educarlos, procurándoles una formación integral, representarlos, y administrar sus bienes (cfr. arts. 154 y 267 y 269 del C.c. respectivamente).

Pero nuestro Código civil dispone en distintos lugares que si los hijos menores de edad no emancipados tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, obligación que se impone tanto a los padres como al tutor en situaciones concretas<sup>17</sup>.

Por tanto, en el Código civil se tiene en cuenta la opinión de los menores de edad que tienen suficiente juicio. Para reforzar esta idea, el artículo 162 de este cuerpo legal, que atribuye la representación legal de los hijos menores no emancipados a los padres que ostenten la patria potestad, establece que se exceptúan de esta regla general: 1º. *Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por si mismos.* 2º. Aquéllos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3º (...). El número primero de este precepto ha dado lugar a diversas interpretaciones en la doctrina civilista, debido a la imprecisión de su redacción<sup>18</sup>. En este mismo sentido, el artículo

<sup>16</sup> El análisis de este precepto excede del contenido del presente trabajo, aun cuando tiene una incidencia fundamental en el tema que tratamos. Véanse, entre otras, las obras de ARANDA RODRÍGUEZ, R., La representación legal de los hijos menores. Madrid, 1999; CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª., el Comentario al artículo 162 del Código civil. en "Comentario del Código civil". T.I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 557 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., Elementos de Derecho civil, T. I, Vol. I, Madrid, 1986; Díez-PICAZO, L., La reforma del Código civil en materia de patria potestad, en "La reforma del Derecho de familia", Sevilla, 1982, y Familia y Derecho, Madrid, 1984; GETE ALONSO, Mª. C., La nueva normativa en capacidad de obrar de la persona. Madrid, 1992; GONZÁLEZ MORÁN, El artículo 162. 1º del Código civil y el derecho del menor a la salud, en "La tutela de los Derechos del menor", Córdoba, 1984; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados "derechos de la personalidad" con especial referencia a la imagen, en "La tutela de los Derechos del menor", Córdoba, 1984; MONTÉS PENADÉS, V., Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Vol. II, Madrid, 1984; URIBE SORRIBES, La representación de los hijos. A.A.M.N., T. XXV, p. 243 y ss.



267, con referencia a la tutela, dispone: "El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación". Por tanto, los actos relativos a los derechos de la personalidad o aquellos otros que pueda realizar por sí mismo según sus condiciones de madurez, quedan sustraídos en principio a las funciones de la patria potestad o de la tutela<sup>19</sup>.

En esta misma línea de respetar la voluntad del menor de edad parece que se sitúa la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor. En el artículo 2 de la misma se establece que en la aplicación de esta Ley primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, añadiendo el artículo 3 que los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte (entre los que se mencionan, concretamente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la información, a la libertad ideológica, de conciencia y religión, al derecho de participación, asociación y reunión, a la libertad de expresión, y el derecho a ser oído). En particular, el derecho a ser oído se recoge en el artículo 9, que dispone: "1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en

que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. (...) ", siendo completada esta disposición en los párrafos siguientes.

De toda esta legislación parece que se desprende la relevancia que en nuestro ordenamiento jurídico se da al consentimiento del menor que reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir sobre el ejercicio de sus derechos y la realización de sus propios actos.

En el ámbito sanitario, la legislación específica ha tenido en cuenta la nueva visión que ha aportado la normativa más reciente acerca de los menores. Así, la Ley 41/2002 en el artículo 9, número 3, letra c), dispone que se otorgará el consentimiento por representación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". De manera semejante se regula el supuesto en la Ley de Cataluña (art. 7, 2, d), en la Ley de Galicia (art. 6, letras b y c), con alguna parti-

<sup>19</sup> También hay una referencia a las condiciones de madurez del menor en el artículo 3, 1, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el cual establece respecto al otorgamiento de su consentimiento para poder utilizar su imagen que "el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil".

<sup>20</sup> Claramente se desprende del texto del precepto. Subrayan esta idea DÍEZ-PICAZO, La reforma del Código civil en materia de patria potestad. cit., p. 304; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., Elementos de Derecho civil. T IV. Derecho de Familia. 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 256; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 1690.



cularidad en esta última norma; en Ley de Navarra (art. 8, 2, b); en la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 9, 2); y en la Ley de Castilla-León (art. 28, 3). En este sentido se manifiesta también el artículo 6, número 2, del Convenio de Oviedo, que dispone: "Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.- La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez".

Sin embargo, como se observa, en esta normativa específica se distinguen diversas situaciones de capacidad en el menor no emancipado, atendiendo a la ausencia o no de capacidad intelectual y emocional, es decir, de lo que en el artículo 162 del Código civil se denominan condiciones de madurez, por lo que convendría analizar dichos supuestos.

## 2.1. OTORGAMIENTO DE CONSENTIMIENTO EN CASO DE PACIENTE MENOR DE EDAD QUE CARECE DE CONDICIONES DE MADUREZ.

Si el menor de edad no tiene suficiente grado de madurez para entender y para ejercitar los derechos que le corresponden, tal ejercicio, por vía de los artículos 162, párrafo primero, y 267 del Código civil, corresponde a sus representantes legales<sup>20</sup>.

Esta es la postura adoptada por la Ley 41/2002 y la Leyes Autonómicas. Así, el artículo 9, número 3, letra b), de la primera, señala

que se otorgara el consentimiento por representación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos". En el mismo sentido la Ley de Cataluña (art. 7, c), la Ley de Galicia (art. 6, b), la Ley de Navarra (art. 8, 2, b), la Ley de la Comunidad Valenciana (art. 9, 2), y la Ley de Castilla-León (art. 27, 5). ". Exigiéndose en Galicia y en la Comunidad Valenciana que se acredite la situación de representante legal fehacientemente y que esté legalmente habilitado para tomar decisiones por el menor:

Por su parte, el Convenio de Oviedo en su artículo 6, número 2, párrafo primero señala que: "Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento, para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley".

Por otra parte, en la legislación específica se establece el derecho a ser oído del menor en todos los supuestos, con referencia expresa en algunas leyes a los mayores de doce años.

En el caso de que los representantes legales decidieran la realización de un acto, en ejercicio de los derechos del menor, que pudiera resultar perjudicial para el mismo, no cabe duda que la decisión sobre el ejercicio de estos derechos, por vía de los artículos 158 y 216 del Código civil, podría tomarla el Juez, previa consulta<sup>21</sup>. Esta postura también se recoge en la Ley de Galicia (art. 6, c).

<sup>21</sup> Así también, SÁNCHEZ CARO, SÁNCHEZ CARO, Consentimiento informado.... cit., p.263



## 2.2. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN CASO DE PACIENTE MENOR DE EDAD CON CONDICIONES DE MADUREZ.

Al menor de edad con suficiente grado de madurez se le reconoce el derecho a ejercitar los actos correspondientes a sus derechos de la personalidad (y otros actos, según el art. 162, párr. 2º, núm. 1º, del C.c.). Las decisiones sobre su estado de salud serían decisiones que afectarían a su integridad física y a su vida, y por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad.

La legislación específica no trata de la misma manera esta situación, ofreciendo distintas soluciones:

**A)** Así, en algunas leyes se distinguen dos situaciones: por un lado, la situación de menores emancipados y **mayores de dieciséis años**, y, por otro lado, la situación de menores de edad incapaz intelectualmente y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (es decir, menores sin condiciones de madurez). Así en la Ley 41/2002 (art. 9, 3, c), en la Ley de Navarra (art. 8, 2, b), y en la Ley de Castilla-León (art. 28, 3). Dejando de lado el caso de los menores emancipados, cuya capacidad se equipara a la de los mayores de edad como se ha visto anteriormente, cabe centrarse en el supuesto de los mayores de dieciséis años. En este caso, dichas leyes establecen que no cabe prestar el consentimiento por representación. Es decir, que son directamente estos mayores de dieciséis años quienes otorgan personalmente su consentimiento. Sin embargo, en la Ley 41/2002 y en la Ley de Castilla-León se hace

una precisión: "en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente", lo cual implica una limitación al otorgamiento del consentimiento de los mayores de dieciséis años. En estas leyes, sin embargo, no se hace referencia a la situación de menores de dieciséis años con condiciones de madurez. Parece que por debajo de este límite de edad, esto menores deban quedar situados en el grupo de menores que necesitan el consentimiento de los representantes. De ello se desprende, pues, que en la Ley estatal, que, de momento se aplica de forma directa en todas aquellas Comunidades Autónomas que no tengan ley específica, y en las Comunidades Autónomas de Navarra y de Castilla-León, se establece una edad, la de los dieciséis años, que separa la posibilidad de prestar consentimiento personalmente o no.

**B)** En otras leyes, concretamente en la Ley de Cataluña (art. 7, 2, d), se distinguen tres situaciones: por un lado, la situación del menor de edad sin condiciones de madurez (los que no están capacitados para comprender ni emocionalmente ni intelectualmente el alcance de la intervención sobre su propia salud), por otro lado, la situación de "el resto de los casos", y de otro, dentro de esta última, menores emancipados y mayores de dieciséis años. En el resto de los casos, que alude a menores con condiciones de madurez (por contraposición a la otra situación que se describe anteriormente, menores no capacitados y que requieren el consentimiento de su representante legal), sin establecer ba-

<sup>22</sup> Así lo entienden *DIÉZ-PICAZO*, Familia y Derecho, cit., p. 185; *GONZÁLEZ PACANOWSKA*, ob. cit., p. 225; *SÁNCHEZ CALERO*, ob. cit., p. 1690. En el ámbito sanitario, también se acoge este sentido, que personalmente suscribo.





rera de edad, aunque se aluda a una edad en especial, el menor puede otorgar su consentimiento personalmente. Sin necesidad ni siquiera del complemento de capacidad de sus representantes legales.

C) Por último, en las leyes de Galicia (art. 6, c) y de la Comunidad Valenciana (art. 9, 2) se distinguen dos situaciones: por un lado, la del menor de edad sin condiciones de madurez, y, por otro lado, la del menor de edad, con condiciones de madurez, sin señalar edad concreta. Para este segundo supuesto, las leyes establecen que se le dará la información adecuada a su edad, formación y capacidad, y que será oída su opinión, que será tenida en cuenta como un factor tanto más determinante en función de su edad o de su grado de madurez; pero quien firma el consentimiento serán sus representantes legales. Es decir, en estas Comunidades Autónomas, el menor no tiene capacidad de otorgar su consentimiento; tan solo tiene derecho a ser oído.

Esto significa que los menores de edad no emancipados pero con condiciones de madurez no son tratados de la misma manera en todas las Comunidades Autónomas. Y que, a pesar de la reciente legislación sobre con-

sentimiento informado, todavía quedan algunas dudas por resolver.

Las dudas que se plantean se refieren fundamentalmente a qué son condiciones de madurez, quién valora esas condiciones de madurez, y si teniéndolas el menor, su consentimiento tiene un valor definitivo.

En cuanto a qué son las **condiciones de madurez**, la legislación específica no las define. La doctrina ha venido entendiendo que el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio<sup>22</sup>. La legislación específica sobre consentimiento informado, como se ha indicado, en el ámbito sanitario, la refiere a la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención.

Por lo que se refiere a la **valoración de las condiciones de madurez**, no existe ninguna norma en nuestro derecho que determine con carácter general los criterios de valoración de estas condiciones.

Un sector de la doctrina estima que reúnen esas condiciones de madurez los menores de edad mayores de dieciséis años<sup>23</sup>. Esta postura parece recogerse en las leyes

<sup>22</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CARO, SÁNCHEZ CARO, *ob. cit.*, p.352.

<sup>24</sup> Sin embargo, cabe recordar que en nuestro Código civil existen actos que pueden realizar válidamente los menores para los cuales se requiere una edad inferior a los dieciséis años (vgr. emancipación por matrimonio, otorgar testamento). Por otra parte, en algunas leyes autonómicas relativas a la infancia y adolescencia, se hace referencia a otras edades: así, en la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los niños y adolescentes, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se entiende por niño toda persona menor de doce años, y por adolescente, toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por ley (art. 2); esta misma distinción aplica la Ley de 28 de marzo de 1995, de Garantías de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 2).

<sup>25</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., Familia y Derecho, cit. p. 185; ALVENTOSA DEL RIO, J., Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor, en la obra "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte", vol. I, Castellón, 1999, p. 36.

<sup>26</sup> Así lo entienden DÍEZ-PICAZO, Familia y Derecho, cit., p. 185; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ob. cit.*, p.225; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 1690. En el ámbito sanitario, también se acoge este sentido, que personalmente suscribo.



41/2002, y en las de Cataluña, Navarra, y Castilla-León, en los preceptos citados que señalan que cuando se trate de un menor de edad con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación por contraposición a que sí necesitan esa representación los menores que no tengan capacidad de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención<sup>24</sup>.

Más precisamente, la doctrina mayoritaria ha entendido que estas condiciones de madurez deberán ser valoradas en cada caso concreto y para cada acto en particular por quien deba asumir las consecuencias del mismo, aunque la valoración final en caso de conflicto corresponde al Juez<sup>25</sup>.

Esto contesta también a **quién debe valorar** esas condiciones de madurez.

Según esta última postura doctrinal, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y en su defecto, el Juez.

Sin embargo, para otros autores, la valoración de las condiciones de madurez se realiza en el ámbito sanitario, y, por tanto, la deberían realizar los médicos<sup>26</sup>.

Tanto la Ley como la Ley 41/2002 como la de Cataluña nada dicen acerca de quién debe valorar esas condiciones de madurez. Sin embargo, la leyes de Galicia (art. 6, b, párr: 3º) y de la Comunidad Valenciana (art. 9,2) hacen mención expresa del médico responsable.

Ahora bien, la cuestión fundamental que se plantea es la de si el menor de edad no emancipado con esas condiciones de madurez puede dar **por si solo un consentimiento válido** a una intervención médica.

En esta cuestión la doctrina se haya dividida.

Un sector de la doctrina ha defendido la idea de que los menores que reúnan las condiciones de madurez suficientes y puedan conocer el alcance del acto médico, están facultados para prestar por si mismos el consentimiento para autorizar la intervención médica, por virtud de lo dispuesto principalmente en el artículo 162, 1º, del Código civil, en relación con la legislación protectora de los menores de edad y con lo dispuesto en el artículo 3, 1, de la Ley Orgánica de Protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, como se ha visto, conceden relevancia jurídica a la voluntad del menor<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Así, GALÁN CORTES, J.C., El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios. cit., pag.34.

<sup>25</sup> Argumentos esgrimidos por SANCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J.R., Derecho y Sida. Madrid, 1995, p. 60. En sentido más moderado, algunos autores, reconociendo la autonomía del menor respecto al ejercicio de los derechos de la personalidad, entienden que la representación legal de los padres supone únicamente el cumplimiento de las funciones y potestades que corresponde a la patria potestad. Así se manifiestan DÍEZ-PICAZO, I., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho civil. vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones. 7ª ed., Madrid, 1997, p. 295; CLEMENTE MEORO, M., en Derecho de familia (coord. Por E. Roca), 3ª ed., Valencia, 1997, p. 351; MARTÍN MORÍN, M.T., La representación legal de los hijos en la esfera personal. en "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte", cit., pág. 561, señala que, en estos casos, los padres más que representar asisten al menor, que tiene en el terreno de los derechos de la personalidad una autonomía reconocida por la ley siempre que sus condiciones de madurez lo permitan; en parecido sentido SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p.1690, quien estima que el reconocimiento de esta autonomía al menor no significa la exclusión absoluta del representante legal en orden al ejercicio de los mismos, pues éstos tienen el deber de velar por aquél y pueden intervenir si consideran perjudicial la actuación del menor recabando el auxilio de la autoridad judicial.



Por el contrario, algunos autores entienden que no existe base para una interpretación extensiva que permita al menor tomar decisiones sobre los tratamientos médicos, fundamentando esta postura, por un lado, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1991, que señalaba que la vía de decisión deja indemne la capacidad de decisión personal del menor que puede y debe ser complementada por aquellos que tienen el derecho y el deber de formar a quienes están bajo su guarda, y, por otro lado, en el artículo 3 del Real Decreto de 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de Salud, que dispone que, en el caso de ser menores de edad o incapacitados, la elección del médico se llevará a efecto por sus representantes legales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 162 del Código civil<sup>28</sup>.

Esta cuestión, como ya se ha indicado, tiene distinta respuesta según la Comunidad Autónoma de que se trate. Resumiendo, la Ley 41/2002, la de Navarra y la de Castilla-León, establecen que cuando se trate de menores con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación, sino personalmente; igual solución establece la Ley de Cataluña cuando se trate de mayores de dieciséis años y de menores con suficiente grado de madurez con independencia de la edad; por el contrario, la Ley de Galicia y la de la Comunidad Valenciana establecen que el consentimiento se presta por representación incluso cuando el menor tenga suficiente grado de madurez, aunque su opinión pueda ser determinante.

Esto supone que el menor de edad de más de dieciséis años puede prestar consentimiento por sí solo en el ámbito sanitario en aque-

llas Comunidades Autónomas que acojan esta solución (que son casi todas en este momento bien por aplicación de la Ley 41/2002, bien por aplicación de la legislación autonómica específica, excepto Galicia y Comunidad Valenciana). Aunque esta disposición está limitada en los propios preceptos (excepto en Cataluña), pues se añade que en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

De la misma manera, se establece una disposición concreta respecto de algunas intervenciones específicas (la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida), y es que éstas se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación (así se regula en los arts. 9, 4, de la Ley 41/2002; 7,2, párr. 2<sup>a</sup>, de la Ley de Cataluña; 9, 2, párr. 2<sup>o</sup>, de la Ley valenciana, y 28, 4, de la Ley de Castilla-León).

Sin embargo, queda por resolver el supuesto del **menor de dieciséis años que tenga suficientes condiciones de madurez**, que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. A este caso no se hace referencia en la Ley 41/2002, ni en la de Navarra ni en la de Castilla-León, pero sí en Cataluña, resolviéndola a favor del menor. Y es precisamente este supuesto el que mantendría viva la discusión doctrinal indicada anteriormente acerca del valor del consentimiento de este menor.

Y esta cuestión tiene efectos prácticos importantes en cuanto se pueden plantear ciertos conflictos entre el menor y sus representantes legales si existe discrepancia de pareceres.



Si la voluntad de los representantes legales, padres o tutores, coincide, no se plantearía en principio ninguna situación de conflicto, pues los intereses de ambas partes convergen. En este supuesto, sin embargo, el conflicto se suscita cuando, a pesar de la coincidencia de voluntades de padres e hijos, el médico responsable ha considerado que la decisión de ambos podría ser perjudicial para los intereses del menor de edad, pues con ella se pondría en peligro la vida o la integridad física del mismo, conflicto que se ha planteado en nuestros Tribunales en casos relativos a miembros de la Asociación religiosa de los Testigos de Jehova en relación a la realización de las transfusiones de sangre.

En estos supuestos nuestros Tribunales han dictaminado siempre a favor de la realización de la transfusión de sangre, en contra de la voluntad de los padres y del propio menor; en virtud del principio de primacía de la vida sobre la libertad religiosa y en razón de la situación de urgencia para la vida del menor; condenando a los padres a la pena de prisión por delito de homicidio, en su modalidad de comisión por omisión. Sin embargo, en la sentencia de 18 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional resolvió la exoneración de unos padres que habían negado el consentimiento para realizar la transfusión al hijo, que falleció posteriormente, consideran-

do que la condición de garantes de los padres, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor; no podía contradecir su derecho fundamental a la libertad religiosa<sup>29</sup>.

Pero esta sentencia resulta muy interesante en cuanto hace referencia a la relevancia que puede tener, en su caso la oposición del menor al tratamiento, es decir, el alcance del consentimiento del menor. El Tribunal Constitucional, por un lado, reconociendo que nuestro ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad y que el artículo 162, 1º, del Código civil excluye de los actos relativos a los derechos de la personalidad la representación legal de los padres, señala que esta exclusión no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. Por otro lado, considera que "el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos (...), no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto (...) que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable", toda vez, recuerda, que el valor vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (STC 53/1985,

<sup>29</sup> En relación a este caso, el Auto del TS de 26 de septiembre de 1978, y la Sentencia del TS de 26 de junio de 1997 que resolvieron el conflicto, mantuvieron criterios distintos. El Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 18 de julio de 2002, ha exonerado de culpabilidad criminal a los padres en cuanto entiende que los padres cumplieron con su función de garantes porque "la exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias". (Fundamento jurídico 14). Este punto de vista coincide con el que ya mantuvo al examinar esta cuestión. Cfr: ALVENTOSA DEL RÍO, J., Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa, en la obra colectiva "Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada", Granada-Jaen, 2000, pp.114-115.



de 11 de abril y STC 120/1990, de 27 de junio). De lo que se desprende que la validez del consentimiento del menor de edad en lo que se refiere a su vida tiene limitaciones.

A pesar de todo lo expuesto, parece que el Tribunal Constitucional no precisa el alcance que puede tener el consentimiento del menor de edad ni las condiciones de madurez que debe exigírsele. Por lo que sigue abierto el debate de la interpretación de estas cuestiones.

Por otro lado, alguna de las leyes específicas relativas al consentimiento informado, concretamente la de Galicia (art. 6, c), establecen que en caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

### 3. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN CASO DE PACIENTE INCAPACITADO.

El Convenio de Oviedo, en su artículo 7, dispone que *"La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la au-*

*sencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprenden los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso"*.

En el Informe Explicativo del Convenio se consideró que en Europa existen diversos sistemas legales para declarar la incapacidad, y por ello, se efectúa una remisión a la norma interna de cada Estado (punto 42 del Informe).

En nuestro país, como es sabido, el grado de incapacitación de una persona dependerá de la sentencia dictada por el Juez en el procedimiento adecuado, en la que se establecerá la extensión y los límites a la capacidad de obrar del sujeto afectado, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760, núm. 1, de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento civil). Pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores. En el caso de los menores de edad, que persistan en su estado de incapacitación al alcanzar la mayoría de edad, pueden ser los mismos padres quienes ostenten la representación del hijo, mediante la prórroga de la patria potestad (art. 171 del Código civil). En este supuesto, el ejercicio de la pa-

<sup>30</sup> En este precepto se hace una referencia al art. 219 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, donde se exige autorización judicial para proceder al internamiento de un incapacitado. Situación que regula también el art. 271 del C.c., en relación con el art. 763 de la LEC de 2000.

<sup>31</sup> Esta cuestión surgió a raíz de la polémica levantada por la eutanasia. Desde 1988 se han ido presentado varios proyectos alternativos a la regulación de la eutanasia en España (pueden consultarse un resumen de los mismos en ALVENTOSA DEL RIO, J., "La eutanasia: aspectos jurídicos", en "La verdad sobre el enfermo geriátrico", con la colaboración de DURAN LALAGUNA, E., Fundación Torremayor y Diputación y Ayuntamiento de Castellón, 1998. El debate doctrinal de la misma dio lugar a que se distinguieran diversas situaciones, entre ellas, la de posibilitar que el paciente pudiera expresar su voluntad antes de que acontecieran hechos que le impedirían manifestar su voluntad en el momento oportuno. De ahí, surgieron los denominados testamentos vitales, cuyos modelos más conocidos fueron los presentados por la Iglesia Católica y por la Asociación Derecho a morir dignamente, que son el origen de los actuales documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas.



tria potestad a partir de la mayoría de edad quedará sujeto a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, a las normas del Título VII del Código civil.

El artículo 267 del Código civil establece que *"El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación"*.

En el ámbito sanitario, la Ley 41/2002 dispone que cuando el paciente esté incapacitado legalmente procede el otorgamiento del consentimiento por representación (art. 9, 3, b). De igual manera se regula en las Leyes Autonómicas (arts. 7, 2, b, de la Ley de Cataluña<sup>30</sup>; 6, b, de la Ley de Galicia; 8, 2, b, de la Ley de Navarra; y 9, 2, de la Ley valenciana).

Tan solo en la Ley de Galicia se añade que *"(...) el incapacitado legal debe intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización"* (art. 6, b, párr. 2º). Esta puntualización me parece correcta en la medida en que respeta el contenido del artículo 267 del Código civil, puesto que tal precepto excluye de la representación al tutor en los actos que puede realizar por sí solo.

En este sentido, cabría plantearse respecto del incapacitado qué posibilidades de actuación tiene para decidir sobre los actos relativos a su salud por la disposición que realiza el artículo 267, y que no se desarrolla en la legislación específica relativa al consentimiento informado. Aunque el artículo 267 establece una referencia bastante concreta, pues limita la actuación del incapacitado a aquellos actos que le permita realizar la Ley o la propia sentencia de incapacitación.

## V. INSTRUCCIONES PREVIAS O DOCUMENTOS DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.

La legislación específica relativa a la autonomía del paciente ha incorporado esta posibilidad (que tiene ya ciertos antecedentes en nuestro sistema jurídico)<sup>31</sup>, que ya se recoge en el artículo 9 del Convenio de Oviedo. Así, el artículo 11 de la Ley 41/2002 define el **documento de instrucciones previas** como aquel por el que *"una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que lleque a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo"*. También se recoge con esta indistinta denominación en los artículos 8 de la Ley de Cataluña, completado por el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas; 5 de la Ley de Galicia; 9 de la Ley de Navarra, complementado por el Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas; 17 de la Ley de la Comunidad Valenciana; 2 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, del País Vasco, y 30 de la Ley de Castilla-León. Asimismo, en el artículo 15 de la Ley de Salud de Aragón, cuya regulación queda complementada por el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas.

En el precepto referido, se añade que en dicho documento se permite a su otorgante designar *un representante para que, llegado el*



caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

La Ley deja en manos de cada servicio de salud la regulación del procedimiento para garantizar el cumplimiento de dichas Instrucciones. Y así efectivamente, en las distintas leyes autonómicas que se vienen citando se precisan más los requisitos que deben reunir tales documentos.

En general, y sin que existan grandes diferencias entre unas y otras, se establecen unos ciertos requisitos de carácter formal, que son básicamente los siguientes.

En cuanto al **otorgante** se requiere que sea mayor de edad, capaz y que manifieste su voluntad libremente, sin ningún tipo de coacción. Sin embargo, en la Comunidad Autónoma de Navarra se permite que las instrucciones previas puedan otorgarlas los menores emancipados y los mayores de dieciséis años (art. 9, 1, de la Ley Foral Navarra y 8, 2, b, de la Ley 11/2002). Esto está en contradicción con lo que establece la Ley 41/2002, pues exige que el otorgante sea mayor de edad.

Por lo que se refiere a los **aspectos formales**, se requiere que se realice por escrito, y que conste en la historia clínica, formalizándose: a) ante Notario, sin necesidad de la presencia de testigos; b) a falta de Notario, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante ni estar vinculados con él por relación patrimonial; añadiendo la Comunidad Valen-

ciana y Castilla-León, la posibilidad de formalizar dichas Instrucciones por cualquier otro procedimiento que sea establecido legalmente (cfr: los preceptos anteriormente citados); y La Rioja exige que se otorguen simultáneamente ante Notario y tres testigos (art. 6, 5, b, de la Ley 2/2002).

Estas instrucciones pueden revocarse en cualquier momento, dejando también constancia de ello por escrito.

En cuanto a su **contenido**, se dispone que no podrán ser aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Por otra parte, algunas leyes autonómicas prevén que tales documentos deban ser entregados por el otorgante o por las personas que los custodien (familiares o representantes legal) en el Centro sanitario donde el paciente sea atendido (así, arts. 8, 4, de la Ley de Cataluña, 5, 4 de la Ley de Galicia; 9, 4 de la Ley de Navarra; 17, 6, de la Ley de la Comunidad Valenciana; y 15, 4 de la Ley de Salud de Aragón).

Por último, en la Ley se prevé la creación de un **Registro** Nacional de Instrucciones Previas dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen. Registros que también prevén las Leyes autonómicas para su respectivo territorio, y cuya normativa ha desarrollado, como se ha indicado, la Comunidad Autónoma de Cataluña, la de Navarra y la de Aragón.

<sup>42</sup> Señalan SANCHEZ CARO, J., ABELLAN, F., en *Derechos y deberes de los pacientes*, Granada, 2003, p. 70, que el contenido de la historia clínica debe reunir las siguientes características: ser completa, ordenada y actualizada, inteligible, respetuosa, con las rectificaciones y aclaraciones que se precisen, veraz, extendida en el soporte más adecuado y única para cada paciente.



## VI. LA HISTORIA CLÍNICA Y OTRA DOCUMENTACIÓN SANITARIA.

### I. LA HISTORIA CLÍNICA.

La Ley 41/2002 y la legislación autonómica, prestan también especial atención a la historia clínica y a otra documentación clínica, estableciéndose una regulación muy similar en todas ellas (arts. 14 y ss. de la Ley; 9 y ss. de la Ley de Cataluña; 13 y ss. de la Ley de Galicia; 10 y ss. de la Ley de Navarra; 21 y ss. de la Ley de la Comunidad Valenciana; 39 y ss. de la Ley de Castilla-León; 16 y ss. de la Ley de Salud de Aragón; y Decretos 272/1986, de 25 de noviembre y 45/1998, de 17 de marzo, del País Vasco, por el que se establece el contenido y se regula la valoración, conservación y expurgo de los documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias de los Hospitales y de las Historias Clínicas Hospitalarias).

El artículo 11 de la Ley 41/2002 define la **historia clínica** como aquella que *"comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro"*.

En cuanto al **contenido** de la historia clínica, ésta debe incorporar toda la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente<sup>32</sup>, pues la finalidad de la misma es facilitar la asistencia sanitaria (en el art. 15, 2, de la Ley 41/2002, se detallan los datos que deben constar en la historia clínica<sup>33</sup>).

Por lo que se refiere a los **sujetos** que intervienen en la historia clínica, la Ley menciona distintos supuestos.

Por un lado, la Ley 41/2002 señala los sujetos que deben cumplimentar la historia clínica, estableciendo que es responsabilidad de aquellos que intervengan en ella (art. 15, 3, de la Ley).

Por otro lado, la Ley alude también a los sujetos que pueden tener acceso a la historia clínica.

Así, se refiere, en primer lugar a los profesionales asistenciales del centro donde se realicen el diagnóstico o el tratamiento del paciente, puesto que la finalidad de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria y debe emplearse como instrumento fundamental para la adecuada asistencia del paciente. Partiendo de esta fundamental idea, la Ley dispone que el acceso a la misma con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se deben regir por las leyes especiales para proteger la identidad del paciente y de sus datos personales y sanitarios (concretamente por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por la Ley 14/1986, General de Sanidad). En consecuencia, en la Ley se establece la separación de los datos de identificación del paciente de los datos de carácter clínico-asistencial. Sin embargo, se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces o tribunales en el proceso correspondiente (art. 16, 3).

Por otra parte, el acceso de otros sujetos del centro sanitario a la historia clínica (como





personal de administración y gestión, u otro personal sanitario no relacionado directamente con el paciente) se limitará a lo relacionado estrictamente con sus funciones, garantizando el respeto a los derechos de los pacientes (art. 16, 4 y 5). Todos ellos quedan sujetos al deber de secreto profesional.

El paciente (o su representante debidamente acreditado) también tiene derecho de acceso a la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella (art. 18, 1 y 2, de la Ley 41/2002). Ahora bien, este derecho viene limitado legalmente, pues no se puede ejercitar en perjuicio de derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente ni en perjuicio de los profesionales participantes en su elaboración, quienes pueden oponer la reserva de sus anotaciones subjetivas (art. 18, 3).

Por último cabe que los familiares puedan tener acceso a la historia clínica de su pariente fallecido. Lo cual permite el artículo 18, 4, de la Ley refiriéndose a las *personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*. Por las mismas razones que se expusieron al abordar la sustitución en el consentimiento, hay que entender que el círculo de personas que puede tener acceso a esta historia clínica debe reducirse a los familiares más próximos en grado y a las parejas, tanto matrimoniales como de hecho, del paciente. Sin embargo, la información que se prestará no afectará a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales ni debe perjudicar a terceros. Aunque la propia Ley establece que esta posibilidad de acceso no funcionará si el paciente fallecido lo hubiese prohibido expresamente.

Lo que se acaba de señalar excluye, pues, el acceso a personas no vinculadas con el

paciente o que tengan una vinculación menos fuerte (amigos, por ejemplo), es decir; se excluye a terceros. Sin embargo, la Ley prevé la posibilidad de que un tercero pueda tener acceso a la historia clínica del paciente fallecido en cuanto exista un motivo de riesgo para la salud del tercero. Pero, en este caso el acceso se limita únicamente a los datos pertinentes (art. 18, 4).

Por último, la Ley establece la obligación de **conservar y mantener** la historia clínica para la debida asistencia al paciente. La **duración** de la conservación debe ser adecuada a cada caso, aunque la propia Ley establece un plazo mínimo de cinco años desde la fecha del alta de cada proceso asistencial. Sin embargo, en alguna legislación autonómica este plazo varía; así, en la Ley de Cataluña y en la de Navarra se establece que la historia clínica ha de conservarse como mínimo hasta veinte años después de la muerte del paciente (arts. 12, 1, y 13, 1, respectivamente).

En cuanto a la forma de conservar dicha historia, la Ley deja en libertad el soporte a elegir:

La custodia de la historia clínica se atribuye al centro sanitario donde se atiende al paciente o al profesional sanitario que desarrolle su labor individualmente.

Asimismo, se deben garantizar todas las medidas de seguridad y protección de los datos contenidos en la misma, aplicando la normativa *ad hoc*.

## 2. OTRA DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.

Entre ellas, la Ley 41/2002 menciona especialmente el informe de alta y los certificados médicos.



El **informe de alta** es el documento emitido por el médico responsable en el centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial del paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas (art. 3). El paciente tiene derecho a recibir este informe una vez finalizado su proceso asistencial. También pueden recibirlo sus familiares o personas vinculadas a él (art. 20).

En circunstancias especiales, concretamente en caso de negativa al tratamiento, el paciente puede ser invitado a recibir el alta. Si el paciente no firmara voluntariamente el alta, la dirección del centro puede disponer el alta forzosa, a propuesta del médico responsable, salvo que existan tratamientos alternativos, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente quiera recibirlos. Si el paciente persiste en su negativa, la dirección del centro puede poner tal circunstancia en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión (art. 21).

El **certificado médico** es un documento acreditativo del estado de salud del paciente. Establece la Ley que éste tiene derecho a que se le expida, si la legislación lo permite, con carácter gratuito (art.22).

Por último existen **otros documentos**, tales como protocolos, registros, informes, estadísticas, documentos asistenciales o administrativos, que tienen el deber de cumplimentar los profesionales sanitarios que intervengan en los procesos clínicos relacionados con aquellos (art. 23). Así como también tienen la obligación de cumplimentar todos aquellos que requieran los centros o servicios de salud y las autoridades sanitarias, y los relacionados con la investigación médica y la información epidemiológica.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

Galán Cortés, C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 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)*, Granada, 2003.

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN.

Durante el segundo cuatrimestre del año 2003 se han publicado:

- Reglamento de la Comunidad Europea, núm. 781/2003, de la Comisión, de 7 de mayo de 2003, por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de alcohol furfurílico originarias de la República Popular China.
- Reglamento de la Comunidad Europea, núm. 670/2003, del Consejo, de 8 de abril de 2003, por el que se establecen medidas específicas relativas al alcohol etílico de origen agrícola.
- Reglamento de la Comunidad Europea, núm. 597/2003, de la Comisión, de 1 de abril de 2003, relativo a la apertura de ventas públicas de alcohol de origen vínico con vistas a la utilización de bioetanol en la Comunidad Europea.