

Formar e Informar
EL MÉDICO JUEZ



**Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz**

Formar e Informar

EL MÉDICO JUEZ



Prólogo

Pedro Hidalgo Fernández

Autores

Mariano Casado Blanco
Ofelia De Lorenzo Aparici
Manuel Fernández Chavero
Juan Calixto Galán Cáceres
Alfredo Gimeno Aguilera
José Carlos López Martínez
Raquel Murillo Solís
Carmen M^a Padilla Falcón
José María Segura Grau

Edita

FUNCOMBEA

*(Fundación Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz)*

Imprime

Zeta impresión. Badajoz

Depósito legal

BA-595-2023

ISBN

978-84-09-55599-4

Queda prohibida, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

ÍNDICE

PRÓLOGO	
Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández	7
1. EL MÉDICO-JUEZ: DECISIONES DEL MÉDICO ANTE DERECHOS FUNDAMENTALES	
Alfredo Gimeno Aguilera	15
2. DESACUERDO DE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE DECISIONES QUE AFECTAN A LA SALUD DE SUS HIJOS	
José Carlos López Martínez	35
3. EL MEDICO EN EL NUEVO ESCENARIO LEGAL DE LA DISCAPACIDAD	
Juan Calixto Galán Cáceres	71
4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	
José María Segura Grau	83
5. EL MÉDICO ANTE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN MENORES DE EDAD	
Mariano Casado Blanco	99
6. EL MÉDICO Y LA SALUD LABORAL	
Manuel Fernández Chavero	113
7. ASPECTOS PSICO-SOCIALES, LEGALES Y CLÍNICOS DE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL	
Carmen M ^a Padilla Falcón	127
8. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y BAREMO SANITARIO	
Raquel Murillo Solís	147
9. EL MÉDICO ANTE ESCENARIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL	
Ofelia De Lorenzo Aparici	165

PRÓLOGO

Pedro Hidalgo Fernández

*Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz.*

En la línea que mantiene el icomBA en su serie “ FORMAR e INFORMAR” habíamos ido tocando de manera reiterada el ejercicio de la medicina como una toma constante de decisiones. Decisiones que , a menudo, deben ser realizadas de manera rápida y directa. Decisiones que llevan consigo una carga de responsabilidad y un efecto hacia el paciente que atendemos.

Así, en esas reuniones de aprendizaje sobre derecho sanitario que venimos realizando, surgió por parte del fiscal D. Alfredo Gimeno Aguilera este título tan claro y contundente: “el médico juez”. El médico que debe actuar y decidir , que debe ordenar una prueba, un medicamento o un internamiento. Con su saber y son su firma. Con su ciencia y con su conciencia. Con su *lex artis* y con la ley de autonomía del paciente.

Tenemos la figura del *médico maestro* que enseña a diario en su consulta y en su visita. Tenemos el *médico abogado* que defiende en el sistema sanitario lo mejor para su paciente, a veces incluso peleándose con la burocracia. Tenemos al *médico de confianza* que aconseja, fuera de paternalismo.

El ejercicio de la medicina se basa en los cuatro principios de la ética médica: *beneficencia, no maledicencia, autonomía y justicia*; que podemos resumir en *ante todo no hacer daño (primum non nocere) tratando de buscar lo mejor para el paciente (beneficencia) con su consentimiento (autonomía) aplicando justamente los recursos.*

Inicia la sesión el médico (juez) con un interrogatorio (anamnesis) que es básico y fundamental al que se unirán posteriormente, de ser necesario, las periciales médicas entendidas como pruebas y estudios complementarios.

El primer objetivo de la medicina es la seguridad del paciente y todas nuestras decisiones conllevan una posibilidad de generar una reacción adversa.

La OMS define la seguridad del paciente como “la reducción del riesgo de daño innecesario asociado a la atención sanitaria hasta un mínimo aceptable”.

Los médicos tenemos un Código de Deontología Médica (2022) que sirve como una GUÍA DE ÉTICA MÉDICA. Un marco de ejercicio profesional para todos los médicos españoles que se traslada a los ciudadanos para que compartan con nosotros el espíritu de conducta. Viene a ser un manifiesto del compromiso que la medicina, pero sobretodo los médicos, tienen con la sociedad.

Ninguna profesión como la nuestra se compromete de una manera tan rotunda en un articulado de obligaciones. Y a ninguna se le exige tanto. Pero a ninguna se le valora tanto.

Venimos a declarar que:

El médico está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico. (art. 4.1 CDM).

Se entiende por ACTO MÉDICO toda actividad lícita y guiada por la *lex artis ad hoc* desarrollada por un profesional médico legítimamente capacitado, ya sea en su ámbito asistencial, docente, investigador, pericial, de actividad evaluadora, inspectora, de planificación, gestión sanitaria u otros. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como de la preservación, promoción y prevención de la salud, por medios directos e indirectos. (art. 6.1 CDM)

Toda actuación del médico -acto médico- debe regirse por el Código de Deontología Médica -Guía de Ética Médica-.

Hablamos de MALA PRAXIS cuando se vulnera la LEX ARTIS.

La LEX ARTIS (ley del arte) aplicada a la medicina como LEX ARTIS AD HOC es un concepto jurisprudencial indeterminado que podría definirse como “EL CONJUNTO DE PRÁCTICAS MÉDICAS ACEPTADAS COMO ADECUADAS PARA TRATAR AL ENFERMO EN ESE MOMENTO”.

Resumiría como: HACER LO QUE HAY QUE HACER CUANDO HAY QUE HACERLO SEGÚN LA ÉTICA, LA DEONTOLOGÍA Y LA CIENCIA MÉDICA.

La STS de fecha 29 de enero de 2010 estima que “el médico en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica...”

Como define T. Giménez - Candela (Lex Artis y Responsabilidad médico - sanitaria) distintas sentencias de tribunales españoles, hacen:

- *LEX ARTIS* como suma de conocimientos de la especialidad del médico.
- *LEX ARTIS* como el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones.
- *LEX ARTIS* como pautas de actuación del profesional médico sanitario.
- *LEX ARTIS* como suma de obligaciones que deben cumplirse por el médico en su cualificada actividad de médico.
- *LEX ARTIS* como traslación del concepto de diligencia (art. 1104 Cod. Civil).
- *LEX ARTIS* como elemento integrador del deber de información del facultativo.
- *LEX ARTIS* como presupuesto del consentimiento informado.

Hemos llegado a la conclusión que actuar según la *LEX ARTIS* conlleva el buen que-hacer del médico.

Dada la variabilidad de la práctica clínica el médico ha ido asumiendo, a veces por protección en su responsabilidad civil profesional, los protocolos que las diferentes Sociedades Científicas recomendaban, porque basar las decisiones en la experiencia es un compromiso asumido.

El éxito de la aparición, consecuencia de las Guías de Práctica Clínica, era precisamente servir de ayuda al médico para gestionar la incertidumbre que cada caso clínico supone y en ampararse y ayudarle a no equivocarse.

Y como aseguran J. M. Gol-Freixa y Juan E. del Llano Señar's en "El fenómeno de la medicina basada en la evidencia", usar el término MBE obliga a revisar el concepto de "Estado del Arte" lo que debiera tener una traducción al concepto jurídico de *LEX ARTIS* y sus implicaciones procesales.

Con todo lo anterior el médico (juez) tiene que tomar una decisión:

La decisión de tratar.

La decisión de prescribir.

La decisión de trasladar.

La decisión de ingresar.

O la decisión de no hacerlo.

Quiero agradecer a los autores:

D. Mariano Casado Blanco, D^a. Ofelia De Lorenzo Aparici, D. Manuel Fernández Chavero, D. Juan Calixto Galán Cáceres, D. Alfredo Gimeno Aguilera, D. José Carlos López

Martínez, D^a. Raquel Murillo Solís, D^a. Carmen Padilla Falcón y a D. José María Segura Grau, su colaboración desinteresada en la creación de este libro que no hubiera sido posible sin el trabajo de coordinación del Dr. Mariano Casado que ha dedicado tiempo e ilusión en sacarlo a tiempo para su presentación en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario el día 16 de noviembre en Madrid.

Es necesaria la formación médica continuada para que las decisiones sean lo más acertadas y justas, y para que el médico (juez) que debe dictarlas esté lo mejor formado posible, no sólo para causar el mayor bien sino para conjugar el *primum non nocere*.

Formando a nuestros médicos ayudaremos a nuestros ciudadanos.

EL MÉDICO JUEZ

EL MÉDICO-JUEZ: DECISIONES DEL MÉDICO ANTE DERECHOS FUNDAMENTALES

Alfredo Gimeno Aguilera

Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz.

I.- INTRODUCCIÓN.

Fue allá por el mes de abril de este año, en una de las extraordinarias y enriquecedoras reuniones con el Dr. Hidalgo, con el que me une una estrecha amistad y colaboración con el Colegio de Médicos de Badajoz, por su incesante y necesaria labor formativa con la Profesión Médica, cuando surgió una conversación en la que le trasladé mi consideración sobre la transcendencia que para el Médico tienen las múltiples situaciones en las que el sistema, el legislador, le sitúa en el lugar de tener que tomar decisiones médicas inminentes, que afectan directamente a derechos fundamentales de los ciudadanos, sin intervención judicial, colocándole en una posición de garante constitucional, y teniendo que resolver y ejecutar actos médicos en los que los derechos fundamentales quedan bajo su protección y amparo ineludible.

Le planteé al Dr. Hidalgo varios de esos supuestos en los que el legislador ha considerado al Médico como directo protector constitucional, en analogía con la posición del Juez o del Ministerio Fiscal, tales como decisiones médicas relativas a internamientos involuntarios urgentes por razón de trastorno psíquico, que afectan al derecho fundamental de la libertad del artículo 17 de la Constitución; decisiones médicas sobre requerimientos de intervención policial para la entrada en domicilios y para la reducción y traslado de las personas afectadas por una situación de urgencia psiquiátrica, que afectan al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 de la Constitución y también al de la libertad del artículo 17 citado; las decisiones relativas a intervenciones médicas con pacientes menores de edad ante situaciones de grave riesgo para la vida del menor, que conllevan la limitación de la autonomía de la voluntad del mismo y sus representantes legales, afectando al valor superior del ordenamiento jurídico de la libertad del artículo 1 de la Constitución, así como a los derechos fundamentales de dignidad del artículo 10, vida e integridad física y moral del artículo 15, y libertad religiosa del artículo 16; decisiones médicas relativas a actuaciones obligatorias en casos de urgencia vital de internos en centros penitenciarios, limitando también su autonomía de la voluntad, y por tanto, afectando también a los derechos de libertad, dignidad, vida e integridad física y moral o libertad religiosa mencionados; y finalmente, todo el control y decisiones médicas relativas a los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia, afectando al derecho fundamental a la vida del artículo 15 del Texto Constitucional.

II.- INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su precepto básico en materia de salud mental, el artículo 20, los principios de actuación de la Administración Sanitaria: 1- Potenciación de los recursos asistenciales ambulatorios y los sistemas de hospitalización parcial y atención domiciliaria 2-La hospitalización se realizará en las Unidades Psiquiátricas de los Hospitales Generales 3-Coordinación de servicios sociales 4-Cubrir aspectos de prevención primaria y atención a los problemas psicosociales.

El artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.”

Y en su apartado 4º *in fine* establece que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.”*

De esta manera, el precepto prevé un internamiento urgente, en el que facultativo decide el ingreso en primera instancia, con obligación de comunicarlo en 24 horas al Juez competente, quien deberá ratificar o dejar sin efecto la decisión en las 72 horas siguientes. La competencia para la ratificación corresponde al Tribunal del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento. También

corresponde al facultativo decidir el alta del interno psiquiátrico, con comunicación a la autoridad judicial.

Supone también una limitación a la autonomía de la voluntad del paciente, ya prevista en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, que establece que los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: a) riesgo para la salud pública, recabando autorización judicial en el plazo máximo de 24 horas para internamiento obligatorio b) riesgo inminente grave para la integridad física y psíquica del enfermo, no siendo posible obtener su autorización, contando con familiares o personas vinculadas.

Por tanto, son decisiones exclusivamente médicas, sin intervención judicial, tanto el internamiento psiquiátrico urgente de personas que no están en condiciones de decidirlo por sí mismas, como el alta de cualquier interno psiquiátrico, se haya producido de forma ordinaria con previa autorización judicial o de forma urgente con ratificación judicial posterior, viéndose afectado, inexorablemente, el derecho fundamental de la libertad del artículo 17 del Texto Constitucional que establece que: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma prevista por la ley”*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, analiza este internamiento urgente del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Interesa detenernos, a los efectos de este amparo, en las condiciones fijadas para el internamiento urgente por el mismo precepto, cuyo régimen le fue aplicado al aquí recurrente. En este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por “razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin:*

a) Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la “urgencia” o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión

de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.

b) La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), cuales son:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.3 CE para la detención.

c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que “el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida”.

Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más

demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (“Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”).

d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.”

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2016, de 15 de febrero, añade: “Para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona

por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma Ley.”.

Como conclusión de los preceptos y jurisprudencia analizados es claro que, el Médico, puede acordar una privación de libertad de pacientes por razón de trastorno psíquico y motivos de urgencia, bajo criterios exclusivamente médicos, informando al paciente y a sus representantes legales, durante un escaso plazo de 24 horas, tras lo cual, pasará a disposición judicial, manteniendo el Médico en todo momento su responsabilidad sobre la vida y salud interno hasta que acuerde el alta, también bajo criterios médicos.

III.- REQUERIMIENTOS DE INTERVENCIÓN POLICIAL PARA LA ENTRADA EN DOMICILIOS Y PARA LA REDUCCIÓN Y TRASLADO DE PERSONAS.

En supuestos de emergencia inmediata, en situación de brote agudo de la enfermedad, el ingreso en área de psiquiatría o en centro residencial se realiza exclusivamente por criterio médico, sin necesidad de intervención judicial previa, en caso de riesgo sanitario inminente y urgente, debiendo realizarse el internamiento por dispositivo sanitario, con auxilio de Fuerzas y Cuerpo de Seguridad si fuese necesario.

Hay que recordar la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en su artículo 11 establece: “1. *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: b.- Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.”*

La Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana, en su artículo 15 dispone: “2. *Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.”*

Como determinan los Autos del Tribunal Supremo 126/2019, de 10 de enero, y 1536/2017, de 16 de noviembre: “*supuestos de intervenciones para garantizar la*

seguridad y la integridad de las personas físicas. La actuación de los agentes quedaría amparada por el artículo 15.2 de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en el que se establece que es causa legítima para la entrada en el domicilio de una persona, la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y las cosas, en el supuesto de catástrofes, calamidades, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.”

Por tanto, si el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera el internamiento urgente un acto médico, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, establece claramente que la determinación de la urgencia se remite a los conocimientos propios de la ciencia médica, es claro que, ante una situación de riesgo grave para la salud de las personas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán auxiliar, al facultativo que aprecie dicha urgencia, a ejecutar el acto de internamiento, mediante la reducción y traslado del paciente, así como la entrada en su domicilio si fuese necesario.

Concluyendo que se trata de actos médicos que, sin autorización judicial, afectan directamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 de la Constitución, así como al derecho fundamental de la libertad del artículo 17 del Texto Constitucional.

IV.- INTERVENCIONES MÉDICAS CON PACIENTES MENORES DE EDAD ANTE SITUACIONES DE GRAVE RIESGO PARA LA VIDA DEL MENOR.

Cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento, se produce una situación de conflicto que no puede ser resuelta exclusivamente en base al principio de autonomía del menor maduro o rechazo del tratamiento por sus representantes legales. Hay dos bienes jurídicos que colisionan. De un lado, la vida o salud del paciente menor de edad; y de otro, su autonomía y libertad de decisión, o, en su caso, la de sus padres titulares de la patria potestad.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece: “1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.* 2. *A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los si-*

güientes criterios generales,.....: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.”.

Así mismo, los artículos 12 a 22 de la citada Ley Orgánica determinan:

- a) Impone a los poderes públicos, especialmente a aquellos que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de riesgo o posible desamparo de una persona menor de edad, a prestarle el auxilio inmediato que precise.
- b) Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor.
- c) La atención en casos de urgencia no está sujeta a requisitos procedimentales ni de forma, y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a las personas menores de edad el auxilio inmediato que precisen.
- d) La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo.
- e) Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, acordando un acogimiento provisional, pudiendo llegar a la suspensión de la patria potestad.
- f) En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias: c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.

El artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente regula el consentimiento por representación de los menores de edad, estableciendo que se activará cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009 de 31 de julio, establece una serie de criterios, máximas de experiencia, medios o procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto. Se señala así que el interés del menor se identifica en primer lugar con:

- a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.
- b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.
- c) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.
- d) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

La Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado resuelve el conflicto entre el superior interés del menor, bajo la salvaguarda inexorable de su vida e integridad física y psíquica, con su autonomía de la voluntad y la de sus representantes legales, por tanto el conflicto entre el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución, frente a la autonomía de la voluntad amparada en el valor superior de la libertad del artículo 1, la dignidad humana del artículo 10 o la libertad religiosa del artículo 16, todos del Texto Constitucional, y todo ello bajo los siguientes parámetros:

- a) La necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, con ser esencial, se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que, si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto sine qua non de todas las demás.
- b) La identificación del “interés superior del menor” con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas interven-

ciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entrañe objetivamente grave riesgo. Igualmente, la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave. Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del art. 9.3 c) in fine de la LAP de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de “riesgo grave”, excluido el consentimiento por representación, debe “tomarse una decisión” tras informar y oír a los padres del menor, “teniendo en cuenta su opinión”.

c) Conflictos de intereses y pautas para su resolución:

- El menor maduro se niega a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma. El médico, a la vista de la redacción del art. 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención.
- El menor maduro rechaza la práctica de una intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. El Médico, si concurre una situación de urgencia puede, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen. En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma un riesgo grave para su vida o salud. El Médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello, en situaciones urgentes, puede el Médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, es-

tando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

Por tanto, son actos médicos directos y sin intervención judicial, colocando al Médico en garante del derecho fundamental a la vida e integridad del paciente menor del artículo 15 de la Constitución, la apreciación de:

- El grado de madurez del menor; en términos de la Ley de Autonomía del Paciente, la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención.
- El grave riesgo de la intervención para la vida y salud del menor.
- La toma de decisión final sobre el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del menor del artículo 15 del Texto Constitucional, con base en el superior interés del menor proclamado en el artículo 2 de la LPJM y como garante del mismo, llegando a poder negar la autonomía de la voluntad del menor y/o sus representantes legales.

V.- ACTUACIONES MÉDICAS OBLIGATORIAS EN CASOS DE URGENCIA VITAL DE INTERES EN CENTROS PENITENCIARIOS.

El artículo 25.2 de la Constitución prescribe que: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.”.*

El artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece: *“La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena. En consecuencia: Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.”.*

El artículo 210 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, determina:

1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la interven-

ción médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata.

Estos preceptos son analizados por la Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1990, de 17 de enero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; y 48/1996, de 25 de marzo, llegando a la consideración de que el derecho fundamental a la vida e integridad del artículo 15 de la Constitución tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados. La Administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de las personas separadas de la sociedad por medio de la privación de su libertad. El Tribunal avala la alimentación forzosa a raíz de los casos de huelga de hambre planteada por internos del GRAPO a finales de la década de los ochenta del pasado siglo, vinculando la restricción que al derecho a la integridad física y moral de los reclusos constituye la asistencia médica obligatoria con el deber constitucional asignado a la Administración penitenciaria de preservar los bienes jurídicos tutelados por la Constitución: la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los presos con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por

finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas.

La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 2005, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un interno a causa de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, por no haber impuesto coactivamente el tratamiento médico necesario que el interno se había negado a recibir.

El Auto de fecha 25 de enero de 2007 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en relación a la huelga de hambre planteada por preso preventivo por imputación de Delitos de Terrorismo, De Juana Chaos, vuelve a reiterar que: *“Efectivamente, se ha reiterado por el Tribunal ya en diversas ocasiones (AA 28 Agosto, 14 y 20 Septiembre y 24 Noviembre, entre otros), que los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad -sea por cumplimiento de condena, sea por prisión preventiva (como es del caso que nos ocupa)- pueden ser objeto de limitaciones al existir una relación de especial sujeción entre el interno y la Administración que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos, entre los que destaca el esencial deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, imponiendo limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel interno que, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección, acordándose la alimentación forzosa del preso ante su actitud de huelga de hambre, actuándose con el respeto de su dignidad como ser humano estando actualmente ingresado en Centro hospitalario.”*

Por tanto, parece que, de nuevo, el legislador coloca al Médico, es este caso al Médico general con conocimientos psiquiátricos encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos previsto el artículo 36 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 209 del Reglamento Penitenciario, en posición de garante sobre el derecho fundamental de la vida e integridad de lo internos en centros penitenciarios, llegando, al igual que con los pacientes menores de edad, a poder limitar su autonomía de la voluntad, en el sentido de la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución.

VI.- ACTOS MÉDICOS RELATIVOS A LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, REGULADORA DE LA EUTANASIA.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el derecho al suicidio asistido derivado del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente a las obligaciones derivadas del derecho a la vida reconocido en el art. 2. Para ello, el Tribunal ha seguido un proceso argumental que se puede sintetizar del siguiente modo:

- En *Pretty contra Reino Unido* (2002) aunque el Tribunal no encontró violación del art. 8, afirmó que el suicidio asistido formaba parte de la autonomía personal, derivada del derecho al respeto de la vida privada, reconocido por esta disposición. Vinculó también los principios de dignidad humana y de libertad a la noción de calidad de vida.
- En *Haas contra Suiza* (2011), afirmó que la noción de autonomía personal, acuñada en la sentencia *Pretty*, incluía *“el derecho del individuo a decidir de qué forma y en qué momento debía terminar su vida.”*
- En *Koch contra Alemania* (2012), derivó del art. 8 el derecho a un examen judicial de las solicitudes de suicidio asistido, incluso en los casos en que este no procediera legalmente.
- En *Gross contra Suiza* (2014), la Sentencia de la Sala avanzó sobre los aspectos procesales de este derecho, obligando a Suiza a establecer un marco jurídico detallado acerca de los casos en que el suicidio asistido estaba permitido.

El Tribunal Constitucional Español, por Providencias de 23 de junio y 16 de septiembre de 2021, admitió a trámite los recursos de inconstitucionalidad números 4057 y 4313-2021, promovidos por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Vox y Popular en el Congreso, contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, recursos pendientes de resolución.

Sin entrar en consideraciones éticas ni de legalidad constitucional sobre la citada Ley Orgánica, que ni me corresponden ni son el objeto de la presente publicación, es claro que, en toda su regulación, coloca al Médico en garante, no sólo del control de legalidad de los requisitos imperativos establecidos en la norma, sino también, de las reiteradas autorizaciones que por sucesivos actos médicos llegan a la ejecución material de la denominada “muerte digna”, por tanto, en el garante del máximo derecho fundamental proclamado en nuestro Texto Constitucional, cual es la vida regulada en su artículo 15.

De esta manera, el artículo 5 de la Ley Orgánica de 3/2021 establece los requisitos imperativos para poder recibir la prestación de ayuda para morir:

- a) Nacionalidad española o residencia legal en España, mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.
- b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos.
- c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.
- d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante en los términos establecidos en esta Ley (art. 3), certificada por el médico responsable.
- e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente.

No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos.

El artículo 7 de la Ley Orgánica de 3/2021 regula la denegación de la solicitud de la prestación de ayuda para morir, delegando en el Médico responsable, el control de los requisitos del artículo 5 citados.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de 3/2021 regula el procedimiento para la obtención de la prestación de ayuda a morir, volviendo a colocar al Médico en garante, y que podemos sistematizar en:

- Una primera solicitud del paciente, teniendo el Médico responsable que iniciar un primer proceso deliberativo con el paciente, así como verificar los requisitos del artículo 5 citado y, por tanto, debiendo tomar todas las decisiones y actos médicos indicados.

- Segunda solicitud del paciente, transcurridos 15 días, realizando el Médico responsable un segundo proceso deliberativo con el paciente.
- Trascurridas 24 horas de la segunda solicitud, el Médico responsable recabará del paciente su deseo de continuar o desistir, y en su caso, su firma del documento de consentimiento informado.
- Intervención del Médico consultor, que elaborará un Informe sobre la base del control de los requisitos del artículo 5 mencionado y, por tanto y de nuevo, debiendo tomar todas las decisiones y actos médicos indicados.
- Intervención de la Comisión de Seguimiento y Evaluación, nombrando a un Médico y un Jurista para que vuelvan a realizar un control de los requisitos del artículo 5 mencionado y, por tanto y de nuevo, debiendo tomar todas las decisiones y actos médicos indicados.
- Intervención del Pleno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación, en caso de desacuerdo de los dos profesionales citados, quien decidirá definitivamente, de nuevo sobre la base del control de los requisitos del artículo 5, con las decisiones y actos médicos correspondientes.

Los artículos 17 a 19 de la Ley Orgánica de 3/2021 regulan la Comisión de Seguimiento y Evaluación, estableciendo que existirá una en cada una de las Comunidades Autónomas, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. La composición de cada una de ellas tendrá carácter multidisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas. Le corresponde resolver las reclamaciones de los pacientes por denegación de la solicitud de la prestación, así como verificar los Informes favorables o discrepantes de los dos miembros designados inicialmente para verificar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud.

Concluyendo que, de los análisis de los preceptos mencionados, corresponde a los distintos Médicos que intervienen en este proceso, como garantes del derecho fundamental a la vida del artículo 15 de la Constitución, las siguientes decisiones y actos médicos:

- Valorar la consciencia y capacidad del paciente en el momento de las distintas solicitudes.
- Valorar la inexistencia de presiones externas en todo el proceso.

- Valorar el sufrimiento de una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante en los términos establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica.
- Valorar que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes y, por tanto, para aceptar el documento de instrucciones previas.
- Facilitar al paciente los documentos de consentimiento informado y las dos solicitudes previstas.
- Toma de decisiones, tanto la inicial como las posteriores, de denegación o aceptación de la prestación de ayuda a morir, que corresponden al Médico responsable, al Médico consultor y a la Comisión de Seguimiento y Evaluación.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

- Circular Fiscalía General del Estado 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.
- Circular Fiscalía General del Estado 1/2012 sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en casos de riesgo grave.
- Ludeña Benítez, Óscar Daniel (2011) *“Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídico procesal de la institución”*. <https://noticias.juridicas.com>.
- Delgado Bueno Santiago, Rodríguez Pulido Francisco y González de Rivera José Luis (1994) *“Aspectos médico-legales de los internamientos psiquiátricos”*. Editorial Colex.
- Barrios Flores, Luis Fernando (2012) *“La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”*. Revista Estudios Volumen 22, Número 1. Enero-Junio 2012.
- Molina de Borbón, Milagros (2015) *“Internamiento psiquiátrico involuntario”*. CEU Universidad San Pablo. Trabajo fin de Master, Master en Derecho Sanitario. XXII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 2015.

- Raheb Vidal, Carolina “*Aspectos legales y éticos en la Psiquiatría de la Infancia y la Adolescencia*”. [Http://www.paidopsiquiatria.cat](http://www.paidopsiquiatria.cat).
- Vega Vega, Clara (2009) “*Internamientos psiquiátricos. Aspectos médico legales*”. Revista Atención Primaria, julio 2009.
- Sotomayor Alarcón Norberto, Abascal Monedero Pablo José, Chinarro Rodríguez Pedro y Nieto Morales Concepción (2022) “*Medidas de apoyo a personas con discapacidad*”. Editorial Dykinson 2022.
- Del Moral García, Antonio (2013) “*Informar para consentir. Responsabilidad del Médico*”. Editorial Icomba (Ilustre Colegio Oficial de Medicos de la Provincia de Badajoz), Badajoz 2013.
- Rodríguez Yagüe, Cristina (2021) “*La gestión de la sanidad penitenciaria: un reto inmediato del sistema español*”. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2021.
- Juanatey Dorado, Carmen (2019) “*El Consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. Especial referencia a la huelga de hambre*”. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Boletín Oficial del Estado, enero 2022.
- Ochoa Ruiz, Natalia (2022) “*La proposición española de ley orgánica reguladora de la eutanasia a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Editorial Dykinson, julio de 2022.

**DESACUERDO DE LOS PROGENITORES
EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
SOBRE DECISIONES QUE AFECTAN A
LA SALUD DE SUS HIJOS**

José Carlos López Martínez

Magistrado.

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Área Civil.

RESUMEN

Este trabajo estudia el marco normativo y jurisprudencial que rige la resolución de conflictos entre progenitores por discrepancias en el ejercicio de la patria potestad en temas relacionados con la salud de sus hijos.

PALABRAS CLAVE

Autonomía del paciente, consentimiento por representación, menores de edad, patria potestad, desacuerdo, intervención judicial, medidas de protección de menores, jurisdicción voluntaria

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando se me invitó a participar en esta obra y se me indicó su hilo conductor (la estrecha relación que existe entre Derecho y Medicina y la conveniencia de que el médico sea consciente de la trascendencia que tienen en el plano jurídico las decisiones que ha de tomar cada día en su ejercicio profesional), no tardé mucho en advertir el interés que podía tener tratar la cuestión de cómo ha de enfrentar el médico los disensos entre progenitores cuando está en riesgo la salud del paciente menor de edad.

Por tanto, en este breve trabajo comenzaré analizando los contornos de la autonomía de la voluntad del paciente menor de edad, abordaré la prestación de su consentimiento informado por medio de sus padres representantes y reflexionaré sobre cómo han de resolverse las discrepancias entre progenitores (posibilidad de recabar el auxilio judicial, cauce procedimental, participación del menor en ese proceso, etc.).

En suma, mi única pretensión es concienciar al médico de que todo paciente, también el menor de edad, tiene derecho a autodeterminarse cuando está en juego su salud; de que, por más que esté legalmente previsto que el menor preste su consentimiento previo al acto médico a través de sus progenitores, se le ha de informar en forma para él comprensible y garantizar su audiencia, y en fin, de que el interés superior del paciente menor de edad es un principio básico que ha de salvaguardarse en todo momento a través de las herramientas que el ordenamiento pone a disposición del profesional y que le permiten recabar el auxilio de la autoridad cuando existe un conflicto de intereses.

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE MENOR DE EDAD Y SU CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.

1. Del paternalismo al obligado respeto a la libre determinación del paciente.

Es comúnmente aceptado por las comunidades médica y jurídica, por ser cuestión doctrinal y jurisprudencialmente pacífica (en este sentido, es especialmente clarificadora la STS 1.ª 828/2021, de 30 de noviembre), que la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹ (en adelante Ley 41/2022), con antecedente normativo en la Ley 14/1986, General de Sanidad², supuso un cambio de paradigma en las relaciones entre el paciente y el profesional de la medicina que interviene en el proceso asistencial (público o privado), así como un definitivo avance en el respeto al derecho de autodeterminación personal en línea con lo que ya había apuntado unos pocos años antes el conocido como «Convenio de Oviedo».³

En efecto, si hasta entonces, inspirado en una concepción paternalista del ejercicio de la medicina, era el profesional quien tomaba, sino todas, sí gran parte de las decisiones relacionadas con la salud de sus pacientes, amparándose para ello tanto en el principio de confianza, aun hoy de capital importancia en la relación médico-paciente según la propia Organización Médica Colegial (art. 7.1 del vigente Código de Deontología Médica, aprobado en diciembre de 2022)⁴, como en el fiel cumplimiento de sus deberes profesionales (lo que, según su juramento hipocrático, conllevaba actuar conforme a su capacidad y criterio profesional, y siempre en beneficio del enfermo), por el contrario, en el marco jurídico alumbrado por la Ley 41/2022 que - como su propia denominación indica- se sustenta en el pilar fundamental del respeto a la autonomía de la voluntad del paciente informado y plenamente capaz de decidir por sí, el profesional de la medicina en general⁵ y el médico en particular, han de li-

1 BOE n.º 274, de 15 de noviembre de 2002, en vigor el 16 de mayo de 2003.

2. BOE n.º 102, de 29 de abril de 1986, en vigor el 19 de mayo de 1986.

3. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de Ratificación BOE n.º 251, de 20 de octubre de 1999, en vigor el 1 de enero de 2000).

4. Organización Médica Colegial (OMC) https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/6/index.html

5. La Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias impone el deber de respetar la autonomía de la voluntad del paciente a otros profesionales de salud distintos del médico.

mitarse a colaborar en el proceso de toma de decisiones por parte del enfermo, iluminándole para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica aunque ello pueda conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo), de forma que es al paciente previamente informado al que exclusivamente incumbe consentir, y por tanto autorizar, cualquier actuación médica que suponga una injerencia en su salud en su doble dimensión física y psíquica.

En este sentido, la Ley 41/2022 considera principios básicos del sistema que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios» (art. 2.2 Ley 41/2022), así como que «el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponible» (art. 2.3 Ley 41/2022) e incluso «derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley». Si avanzamos en el articulado vemos que se insiste en que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso» (art. 8.1 Ley 41/2022). Correlativamente al derecho del paciente a determinar los tratamientos que comprometen su salud, es también un principio básico que «todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente» (art. 2.6 Ley 41/2022). Todo ello, porque la efectividad del derecho de autodeterminación del paciente, indisolublemente ligado a los derechos fundamentales a la dignidad, integridad y libertad (STC 37/2011, de 28 de marzo, y STEDH de 29 de abril de 2002), y conformado por los derechos a ser informado (o a no serlo, art. 4.1 Ley 41/2022) y a consentir con anterioridad cualquier actuación médica que le afecte, exige paralelamente del profesional que presta la asistencia sanitaria (fundamentalmente del médico responsable, pero también de cualquier otro profesional que intervenga en el proceso asistencial o aplique una técnica o procedimiento concreto como precisa el art. 4.3 Ley 41/2022) el cumplimiento del deber de informar al paciente y de respetar la decisión que este tome libremente.

Por tanto, como regla general, solo al paciente le corresponde ser informado (art. 5.1 Ley 41/2022) y consentir cualquier actuación médica que implique una injerencia en su salud, recayendo en el médico el deber de colaborar activamente en la decisión informada, libre y consciente del paciente, proporcionado a este, con antelación al

acto médico y a la prestación de su consentimiento, la información adecuada (arts. 2.3, 4.2 y 5.3 Ley 41/2002), suficiente y en forma comprensible, sobre su enfermedad, su tratamiento y los riesgos típicos o inherentes al acto médico de que se trate, a fin de que el paciente capaz pueda decidir voluntariamente y por sí mismo si acepta someterse a ese acto o intervención médica, si lo posterga o si prefiere que le atienda otro profesional (p.ej. SSTs 1ª 199/2013, de 11 de abril, 566/2015, de 23 de octubre, y 227/2016, de 8 de abril).

La jurisprudencia sobre la responsabilidad civil médico-sanitaria viene destacando la importancia de los deberes de informar y respetar la decisión informada del paciente como integrantes de la *lex artis* y de la obligación de medios del médico (p.ej. sentencias 18/2015, de 3 de febrero, y 230/2014, de 7 de mayo⁶), de tal forma que su transgresión es fuente de responsabilidad civil en casos de resultado dañoso que no puede vincularse causalmente a una praxis inadecuada (negligente), sino que es tan solo la materialización de un riesgo típico, inherente al acto médico, pero del cual el paciente no ha sido informado (pues como también recuerda la citada STS 1.ª 828/2021 «La materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia»).

2. La autodeterminación del paciente menor de edad: consentimiento por representación.

Como afirma GALÁN CORTES⁷, «dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que solo el paciente es su titular», es el paciente o usuario de los servicios sanitarios, sean públicos o privados, destinatario de la información (art. 5 Ley

6. «[...] el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTs 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información, por lo demás, es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTs 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011)».

7. GALÁN CORTÉS, J.C. Responsabilidad Civil Médica, Thomson Reuters, 8.ª edición. Abril 2022.

41/2022), el único competente para decidir por sí si consiente o no una actuación que afecte a su salud (art. 8.1 Ley 41/2022). Pero obviamente, matiza el citado autor, «siempre y cuando su capacidad de juicio y discernimiento se lo permita y no estemos ante supuestos de urgencia o de riesgo para la salud pública».

Por lo tanto, los casos en que el médico está facultado para tomar decisiones sobre la salud de su paciente sin necesidad de recabar su consentimiento o recabándolo de su representante son una excepción, y según los arts. 9.2 y 9.3 Ley 41/2022, se constriñen a situaciones de riesgo para la salud pública o de riesgo inmediato y grave para la salud de paciente (art. 9.2 Ley 41/2022) y a situaciones de incapacidad del paciente para decidir por sí (art. 9.3 Ley 41/2022).

Según el art. 9.2 Ley 41/2022 «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos»:

- a) Cuando existe un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.
- b) Cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultado, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o personas vinculadas de hecho a él.

Según el art. 9.3 Ley 41/2022, en casos de incapacidad del paciente para decidir por sí es legalmente posible recabar el consentimiento del paciente a través de su representante legal (consentimiento por representación). El artículo contempla tres supuestos distintos de consentimiento por representación:

- a) Mayores de edad que puntualmente no sean capaces de tomar decisiones a criterio médico o porque su estado físico-psíquico no les permita hacerse cargo de la situación (p.ej., pacientes cuyas capacidades de entendimiento y voluntad se encuentren gravemente afectadas por la ingesta de alcohol o drogas). Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Mayores de edad con una enfermedad mental que les incapacite para decidir por sí.

A este respecto debe precisarse que aunque el art. 9.3 b) Ley 41/2022 se refiere a pacientes con la «capacidad modificada judicialmente», no obstante, tal y como ha recordado la reciente STS 1.^ª 66/2023, de 23 de enero (que sigue el criterio de la STS 1.^ª 589/2021, de 8 de septiembre, de pleno, en la

que se aplicó por vez primera en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁸), debe estarse al nuevo régimen legal de provisión de apoyos a la discapacidad⁹.

- c) Menores de edad no emancipados ni mayores de 16 años (supuesto que va a centrar nuestra atención en este trabajo).

En este sentido se ha de precisar que aunque el art. 9.3 c) Ley 41/2002 se refiere expresamente a «paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», caso en el que «el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de

8. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2021, en vigor el 3 de septiembre).

9. Hay que tener en cuenta que el Título IX del Libro I del Código Civil, que regulaba la incapacitación judicial en virtud de las causas previstas por la ley, ha sido suprimido por el art. 21 de la Ley 8/2021. Según la STS 1.ª 66/2023, de 23 de enero, con cita de la 589/2021, de 8 de septiembre, de pleno:

«1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es ‘permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad’ y han de estar ‘inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales’; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”.

»“(…)

»2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar “la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica” y atender ‘en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias’”».

haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», sin embargo, tal y como a continuación veremos con mayor profundidad, el consentimiento por representación está legalmente previsto únicamente para casos en que el menor de edad no tiene capacidad de decisión plena en materia sanitaria y ha de apoyarse en su representante legal, en la medida que según la Ley 41/2002 no todo menor de edad civil (esto es, menor de dieciocho años interpretando a sensu contrario el art. 240 CC) carece de capacidad de decisión en el ámbito médico sanitario pues los menores de dieciocho años pero emancipados (ex art. 239 y ss. CC¹⁰) o que hayan cumplido los dieciséis años están facultados para prestar consentimiento por sí mismos (art. 9.4 Ley 41/2002).

En todo caso, la circunstancia de que el paciente no pueda prestar consentimiento por sí y tenga que hacerlo a través de un representante no implica que se pueda preterir completamente al paciente en el proceso de tomar la decisión, pues sigue subsistiendo la obligación de informarle «de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión» (art. 5.2 Ley 41/2002)¹¹ y, en particular, por lo que ahora interesa, la obligación de escuchar la opinión del paciente menor, como se ha visto, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹² (en adelante LOPJM), según redacción dada por el art. 1.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹³.

Además, en estos casos en que ha de prestarse el consentimiento por representación, el art. 9 Ley 41/2002 establece dos importantes cláusulas de salvaguarda (in-

10. La emancipación por las causas del art. 239 CC (por alcanzar la mayoría de edad, por concesión de los que ejerzan la patria potestad a partir de los dieciséis años o por concesión judicial) «habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» con las excepciones que prevé la ley en las que precisa el complemento de capacidad de sus progenitores o, a falta de ambos, de su defensor judicial (art. 247 CC).

11. En el mismo sentido se pronuncia el vigente art. 249 CC, en cuanto a la necesidad de que las personas que prestan apoyo actúen atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, procurando siempre que sea el propio interesado el que tome sus decisiones, y solo de forma excepcional, cuando no sea posible recabar su voluntad, deseos y preferencias, mediante funciones representativas.

12. BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996, en vigor el 16 de febrero.

13. BOE n.º 175, de 23 de julio de 2015, en vigor el 12 de agosto.

troducidas por la d. final 2.ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴):

- a) La exigencia de que la decisión del representante se adopte atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, pudiendo el médico recabar el auxilio judicial (directamente o a través del Ministerio Fiscal) cuando la decisión del representante se atisbe contraria a dichos intereses, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar autorización judicial, en cuyo caso el facultativo puede adoptar las medidas de salvaguarda de la vida y salud del paciente que considere necesarias amparándose en las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6)¹⁵.

GALÁN CORTÉS puntualiza, para el caso de pacientes mayores de edad pero «incapaces», que la exigencia del art. 9.6 Ley 41/2002 debe ponerse en relación con el deber del representante de respetar la dignidad y voluntad del representado (art. 10 de la Constitución y arts. 2.1 y 11.1 Ley 41/2002), lo que se traduce en que por «mayor beneficio para la vida o salud del paciente» deba entenderse «su mayor o mejor interés subjetivo», esto es, lo que el paciente habría decidido de tener plena capacidad, de forma que el representante ha de obviar sus deseos y respetar los deseos, preferencias o valores del representado si tuviera conocimiento de ellos (p.ej., a través de un documento de instrucciones previas).

- b) La exigencia de que la prestación del consentimiento por representación sea siempre adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente, respetuosa con su dignidad

14. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015, en vigor el 18 de agosto de 2015).

15. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

personal y garante del derecho del paciente a participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones durante el proceso asistencial¹⁶.

En el caso de pacientes menores de edad, ambas salvaguardas son una manifestación en este ámbito del principio básico del interés superior del menor, cuyo desarrollo legislativo se contiene en el art. 2 LOPJM según redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (STS 1.ª 558/2022, de 11 de julio), según el cual, dicho interés superior del menor se debe valorar y considerar en todas las acciones y decisiones que conciernan al menor, tanto en el ámbito público como privado.

III. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PADRES SOBRE LOS HIJOS SUJETOS A SU PATRIA POTESTAD EN TEMAS DE SALUD.

1. Minoría de edad civil pero mayoría de edad sanitaria.

Según lo expuesto hasta aquí, el facultativo que trate médicamente a un menor ha de tener claro que una de las situaciones en que la Ley 41/2002 prevé el consentimiento por representación es cuando el paciente menor de edad no tiene capacidad de decisión plena en materia sanitaria.

Para abordar adecuadamente la problemática del consentimiento por representación de los menores de edad deben hacerse dos precisiones:

- a) Como se ha anticipado ya, en el ámbito sanitario por menor de edad a los efectos de no poder decir por sí sino a través de su representante no hay que entender a cualquier persona que no tenga la mayoría de edad civil (es decir, los dieciocho años cumplidos según los arts. 12 de la Constitución y 240 CC), toda vez que el art. 9.4 Ley 41/2002 reconoce mayoría de edad sanitaria tanto a los menores emancipados como a los mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del art. 9.3 Ley 41/2002 (es decir, a los

16. «7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

habitualmente denominados como *mayores de edad sanitarios* que física y mentalmente estén en condiciones de decidir por sí), facultándoles para prestar consentimiento válido por sí mismos, sin necesidad de hacerlo por representación. En el caso concreto de menores no emancipados pero mayores de dieciséis años, a pesar de continuar sujetos a patria potestad (no lo están los emancipados), sin embargo, no van a necesitar -con carácter general- actuar bajo la representación de sus progenitores en temas sanitarios, sino que van a poder prestar consentimiento por sí mismos.

En definitiva, de igual forma que el mayor de edad civil (> dieciocho años) puede prestar consentimiento por sí mismo a no ser que no esté en condiciones de hacerlo (por una situación de incapacidad temporal o permanente de tipo físico o mental que lo impida), también el menor emancipado o el menor mayor de dieciséis años puede prestar consentimiento por sí sin necesidad de actuar por medio de representante sino está afectado por incapacidad alguna, ni temporal (como puede ser un trastorno mental transitorio derivado, p.ej., de la ingesta de alcohol o drogas) ni permanente (enfermedad mental).

- b) No obstante, la ley no equipara la capacidad de decisión de los mayores de edad civiles con la de los *mayores de edad sanitarios*, porque en determinados casos estos últimos no van a poder decidir por sí solos. Así:
- a) si el acto médico entraña, a criterio del facultativo, un grave riesgo para la vida o salud del menor «mayor de edad sanitario», no se considera válido el consentimiento prestado únicamente por dicho menor «mayor» sino que ha de prestarlo su representante, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del representado (art. 9.4, párrafo segundo, Ley 41/2002)¹⁷; y
- b) existen prácticas (ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida humana) para las que se exige que el paciente sea mayor de edad civil (art. 9.5 Ley 41/2002)¹⁸.

17. La redacción vigente del art. 9.4 Ley 41/2002, establecida por la d. final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha supuesto una restricción a la autodeterminación del «menor mayor» o «menor maduro» pues en la redacción anterior la capacidad de decisión era del menor sin perjuicio de que se informara a los padres y se tuviera en cuenta su opinión. Algunos autores como GALÁN CORTÉS consideran que la regulación actual es un ejemplo de «paternalismo justificado» que, lejos de limitar la autonomía de la voluntad del paciente, la maximiza.

18. El art. 9.5 de la Ley 41/2002, en su redacción anterior a la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y

Por tanto, el consentimiento por representación en temas de salud cuando hablamos de pacientes menores de edad está previsto para el caso paradigmático de paciente menor de edad al que no se reconozca legalmente ninguna capacidad para decidir por sí en el ámbito sanitario, es decir, para menores de dieciséis años no emancipados, sujetos a la patria potestad de sus progenitores. Aunque dicho paciente menor siga siendo el destinatario de la información previa a la manifestación del consentimiento, este habrá de prestarlo su representante legal después de ser oída la opinión del menor.

2. El derecho del paciente menor a ser oído.

Se ha de insistir en que el hecho de que el paciente menor de edad no pueda prestar consentimiento por sí no implica que no se le tenga que informar en forma comprensible ni que no se le tenga que oír con carácter previo a que sus representantes consientan por él.

Sobre el derecho del menor a ser oído y escuchado cuando el consentimiento lo presta a través de su representante legal, la legislación vigente (art. 9.2 LOPJM) dispone que se ha de garantizar que el menor pueda ejercitar ese derecho por sí mismo si tiene suficiente madurez a criterio de «personal especializado» y atendiendo tanto al «desarrollo evolutivo del menor» como a su «capacidad de comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso», presumiéndose «en todo caso» que tiene suficiente madurez «cuando tenga doce años cumplidos».

La STC 188/2008, de 22 de diciembre, recuerda la reiterada jurisprudencia constitucional (contenida p.ej. en SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 17/2006, de 30 de enero, y 22/2008, de 31 de enero), que declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores cuando no son oídos ante cualquier decisión que afecte a su esfera personal:

reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (esto es, en la redacción dada por Ley Orgánica, 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo) consideraba que el consentimiento del menor o incapaz era también a estos efectos insuficiente, por ser preciso además el consentimiento expreso de los representantes legales del menor o incapaz, pudiéndose en cualquier caso acudir a lo dispuesto en el art. 156 CC para resolver los conflictos que surgieran en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales.

«[...] Así, se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste 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 (art. 9.1; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que “[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”».

En esta línea, la STS 1.ª 984/2023, de 20 de junio, sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de audiencia de los menores, en particular en los procesos judiciales, recordando en lo que ahora interesa y en síntesis, que tal derecho se encuentra reconocido en distintas disposiciones normativas (como los arts. 92.6 y 159 CC, 9 LOPJM, 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño de la ONU de 1989, 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, apdo. 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño o art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), y fundamentalmente, que no es fácil -en principio, para los órganos judiciales, aunque lo mismo puede predicarse respecto de cualquier profesional de la medicina- apreciar cuando un menor tiene «suficiente madurez» (art. 9.2 LOPJM) o «suficiente juicio» (arts. 92.6 y 159 CC), pues la madurez no depende solo de la edad. En efecto, la reforma del art. 92 CC llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se alejó del criterio biológico de presumir maduros a todos los mayores de doce años (presunción, como se ha dicho, que sí se mantiene en el art. 9.2 LOPJM), lo que significa que esa edad no es determinante de la existencia de «suficiente madurez» o «suficiente juicio», aunque obviamente para negar al mayor de doce años madurez o juicio suficientes deberá motivarse adecuada y suficientemente la decisión al respecto. Por debajo de los doce años es posible apreciar madurez a los efectos de que el menor deba ser oído, si bien como señala la citada

sentencia, en este caso la dificultad radica en que «los ritmos de madurez no son sincrónicos; por otra parte, la madurez es un constructo multidimensional, en que influyen una pluralidad de factores, que se encuentran además condicionados por las demandas de situación y experiencias vividas, que conforma una manifestación de madurez psicosocial, que se aprecia en ciertos niños cuando han experimentado o se han enfrentado a acontecimientos adversos».

3. Patria potestad y representación legal de los hijos menores.

3.1. La patria potestad. Configuración legal y jurisprudencial. Contenido: la función representativa del menor.

Dentro del Título VII del CC que lleva por rúbrica «De las relaciones paterno-filiales», y del Capítulo I que contiene las «Disposiciones generales» en esta materia, arts. 154 a 161 CC, el primero de estos preceptos, según la redacción vigente (introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio), dispone que «Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores»¹⁹ y que «La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», tratándose de una función que, según ese mismo art. 154 CC, comprende, entre otros deberes y facultades y en lo que ahora interesa, los de «velar por ellos», «alimentarlos» y «representarlos» (en este sentido p.ej. SSTS 1.ª 629/2018, de 13 de noviembre, de pleno, y 202/2015, de 24 de abril). El precepto termina reconociendo el derecho de los menores a ser oídos antes de que se tomen decisiones que les afecten, y por lo que tiene de interés para este trabajo, la posibilidad de que los progenitores puedan recabar, en el ejercicio de su función, el auxilio de la autoridad.

La patria potestad está legal y jurisprudencialmente considerada, no como un poder de los padres, sino como un «derecho-deber concebido como una función» (p.ej. STS 1.ª 183/1998, de 5 de marzo, citada por la 653/2004, de 12 de julio). Puede definirse²⁰ como el «conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tienen respecto a sus hijos menores e incapaces para garantizar su cuidado, alimentación,

19. Este precepto fue reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, sustituyéndose los términos «padre y madre» de la redacción anterior por el término «progenitores» con el fin de adecuarlo a la existencia de familias formadas por parejas del mismo sexo.

20. Memento EXPERTO Francis Lefebvre Crisis Matrimoniales, 3.ª Edición, actualizado a mayo de 2016.

formación, educación, representación, administración de sus bienes tendente a conseguir un adecuado desarrollo de su personalidad». En esta línea, O'CALLAGHAN MUÑOZ²¹ afirma que la patria potestad es «el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos» por cuanto no tiene por finalidad cubrir únicamente las necesidades jurídicas del menor sino también aspectos personales y patrimoniales, que tiene una «naturaleza de función en el sentido de que se concede a su titular unos derechos para cumplir unos deberes», y que se inspira en el principio *favor filii* en el sentido de que ha de ejercerse siempre en interés o beneficio de los hijos, acorde con lo dispuesto en el art. 39.3 de la Constitución y en la LOPJM.

Entroncando con esa naturaleza de derecho-deber o función, el art. 39 de la Constitución dispone que corresponde a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, «iguales ante la ley con independencia de su filiación», y que incumbe a los padres el deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

De esta institución también se ha dicho que tiene cierto parangón con el término europeo «responsabilidad parental», al menos y por lo que ahora interesa, en lo referente a reconocer al titular de la responsabilidad parental (que no tienen que ser necesariamente los padres) funciones representativas (Reglamento CE/2201/2003, art. 3).

Como resulta del citado art. 154 CC, la patria potestad comprende, entre otros deberes, el de «2. Velar por ellos» [por los hijos menores] garantizando su cuidado de forma integral, y el de «3. Representarlos» (art. 154 en relación con el 162 CC).

- a) Con respecto al deber de «velar» por los hijos, si según el DRAE velar, en su séptima acepción, es «cuidar solícitamente de algo», la obligación primordial de los progenitores es, no solo apartar a los hijos de todo peligro, sino también procurar su atención personal y emocional, lo que incluye el cuidado o atención de su salud física y psíquica. Así O'CALLAGHAN MUÑOZ afirma que el deber de velar por los hijos informa el cumplimiento del resto de deberes inherentes a la patria potestad. Se trata de un deber «que no cesa por la atri-

21. O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. Código Civil. Comentado y con jurisprudencia. La Ley-Wolters Kluwer. 6.ª Edición. 2008.

bución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial» (STS 1.ª 622/2004, de 2 de julio).

b) En cuanto a la facultad de representar a sus hijos, que es la que nos interesa resaltar desde la perspectiva del art. 9.3 c) Ley 41/2002, dispone el art. 162 CC, según redacción dada por la referida Ley 26/2015, que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados con las siguientes excepciones:

«1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

»No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

»2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

»3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres».

De este marco normativo cabe concluir que la función de representación que ostentan los padres sobre los menores sujetos a su patria potestad permite hacer efectivo el deber de cuidado, en particular y por lo que ahora interesa, cuando lo que está en riesgo es la salud del menor. Como quiera que según el art. 9.3 c) Ley 41/2002 los menores de edad *strictu sensu* no pueden prestar su consentimiento por sí mismos sobre decisiones médico-sanitarias que entrañen una injerencia en su salud física o psíquica, han de ser los padres, como representantes legales del menor ex arts. 154 y 162 CC, los que, velando por él, presten su consentimiento en temas de salud. Función representativa en cuyo ejercicio pueden contar con la ayuda de la autoridad judicial y que, como se dijo al principio, los padres han de ejercer en interés del menor, respetando el derecho del menor a ser oído si tiene suficiente madurez y con las salvaguardas de los apartados 6 y 7 del art. 9 Ley 41/2002 (obligación de que la decisión de los padres se adopte «atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente» -lo cual, como veremos, debe ponerse en relación con el concepto de «interés superior del menor»- y en forma «adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»).

3.2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

a) Titularidad

Si los sujetos pasivos de la patria potestad son los hijos, los sujetos activos de la patria potestad, sus titulares, son los progenitores (obviamente, siempre que no estén excluidos ex art. 111 CC y que no hayan sido privados de ella por sentencia firme), pues la patria potestad deriva de la filiación (sea por naturaleza, matrimonial o no matrimonial, o por adopción -a excepción de la del mayor de edad que no da lugar a patria potestad-).

A diferencia del CC, que nada prevé sobre las nuevas parejas y la posible intervención de padrastros, madrastras, padres afines o *step families*, alguna legislación autonómica, como es el caso de la de Cataluña o Aragón, sí ha empezado a contemplar esas situaciones. P.ej. en Cataluña (art. 236-14 CCC²²) el cónyuge o conviviente del progenitor no asume ninguna responsabilidad parental, aunque se le reconoce derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos relativos al menor con el que conviva. No obstante, en caso de desacuerdo siempre ha de prevalecer el criterio del progenitor (art. 236-14.2 CCC).

b) Ejercicio: regla general y excepciones

Según el art. 156 CC, párrafo primero, la patria potestad se ejerce «conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro», si bien se reconoce la validez de «los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad»²³.

El ejercicio conjunto de la patria potestad es regla general durante la convivencia de los progenitores, pero también cuando esta ha cesado, y ello, a pesar de que el párrafo quinto del art. 156 CC dispone que «Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva»²⁴.

22. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (BOE nº 203, de 21 de agosto de 2010, en vigor el 1 de enero de 2011).

23. La misma vigencia temporal máxima de dos años es la que establece el art. 236-13.2 en relación con el 236-11.4 del CCC. Según el AAP Barcelona, Sec. 12.^ª, de 8 de marzo de 2007, «La razón de ser de tal limitación es, precisamente, la de que no puede despojarse al otro progenitor de su capacidad de intervención en las decisiones que afecten al menor en este ámbito, y menos cuando no existe una causa o un incumplimiento grave de sus responsabilidades».

24. El Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, introducía como norma o principio general que el ejercicio de la patria po-

Más allá de los actos a los que alude el propio párrafo primero del art. 156 CC que, por excepción, pueden realizarse por uno solo de los progenitores, el propio art. 156 CC contempla en los párrafos tercero y cuarto otras situaciones igualmente excepcionales de ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno de los progenitores: a) cuando se atribuya judicialmente a uno solo de los padres por desacuerdos reiterados entre ellos o circunstancias que entorpezcan gravemente el ejercicio conjunto, situación que tendrá una vigencia temporal no superior a dos años; y b) cuando falte uno de los progenitores o concurren situaciones de ausencia o de imposibilidad de uno de ellos, situación en que legalmente se faculta al otro progenitor para su ejercicio exclusivo. Según los comentarios a la norma que contiene el Memento EXPERTO «Crisis Matrimoniales» Francis Lefebvre, «la situación de ausencia de uno de los progenitores se da cuando solo viaja uno de los progenitores inmigrantes restando el otro el país de origen», lo que faculta al progenitor custodio a realizar todas las funciones inherentes a la patria potestad de manera exclusiva, y la imposibilidad de un progenitor para el ejercicio de la patria potestad comprende tanto situaciones de incapacidad, judicialmente declarada o de hecho, como casos de permanencia en prisión (p.ej. STS 1.ª 319/2016, de 13 de mayo, y SSAP Pontevedra, Sec. 6.ª, de 28 de noviembre de 2022, y Barcelona, 12.ª, de 16 de septiembre de 2004) o en centro hospitalario (p.ej. SAP Navarra, 3.ª, de 7 de diciembre de 2022).

Por tanto, desde este momento se puede afirmar (aunque volveremos sobre esta cuestión) que a los efectos del art. 9.3 c) Ley 41/2002 la representación legal del hijo en temas médicos la ostentan ambos padres, que son los que, como regla general, han de decidir conjuntamente o uno con el consentimiento del otro, si bien como excepción la decisión que tome uno solo de los progenitores sin el concurso del otro es válida si se trata de una urgencia médica o de actuaciones médicas rutinarias de escasa entidad.

Por lo que respecta a la regla general consistente en el ejercicio conjunto de la función representativa de sus hijos menores, acertadamente señala NEVADO MONTERO, J.J.²⁵ que «la atribución de preferencia a alguno de los progenitores queda descartada por cuanto atentaría contra el principio de igualdad de ambos consagrado constitucionalmente». Este autor apunta que la génesis de esta cotitularidad

testad «será conjunto por los progenitores, aun cuando los progenitores vivan separados, con lo que no se alterarán las responsabilidades parentales respecto a los hijos».

25. NEVADO MONTERO, J.J. El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos. Actualidad Civil, nº 1, Sección Persona y derechos/ A fondo, enero 2021. La Ley 812/2021.

hay que buscarla en la Resolución sobre la igualdad de los esposos en el Derecho Civil del Consejo de Europa (adoptada por el Comité de Ministros el 27 de septiembre de 1978, durante la 292ª reunión de los Delegados de los Ministros), que recomendó a los Estados miembros «asegurar a los esposos derechos iguales cuando el derecho civil prevea disposiciones para resolver cuestiones en caso de desacuerdo entre ellos».

En esta línea de cotitularidad, ejercicio conjunto (incluso en caso de cese de la convivencia), igualdad y no subordinación, se ha manifestado la jurisprudencia, p.ej., en SSTs 1ª 642/2012, de 26 de octubre, y 564/2016, de 27 de septiembre, reiterando, en síntesis, que las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor; que esa cotitularidad y ejercicio conjunto (o por uno con el consentimiento del otro) opera tanto durante la convivencia como en caso de cese de la misma, correspondiendo tanto al progenitor que tiene la guarda como al que no la conserva (y esto a pesar de que no se ha derogado la previsión del último párrafo del art. 156 CC según el cual, en caso de vivir separados, la patria potestad solo se ejercerá por el progenitor con quien el hijo conviva); que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores; que en caso de desacuerdo debe ser el juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación; y en fin, que la regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Como quiera que la regla general de que cualquier decisión que afecte a los hijos - en lo que nos interesa, cuando se trata de la salud de los menores- ha de ser tomada por ambos progenitores admite la excepción consistente en que también se consideran válidos los actos realizados por uno solo de los progenitores «conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad», doctrina y jurisprudencia, conscientes de que el art. 156 CC no contiene un catálogo cerrado o *numerus clausus* de decisiones que deban tomarse conjuntamente, suelen distinguir entre decisiones que se enmarcan en el ejercicio extraordinario de la patria potestad,

por ser las de mayor trascendencia para la vida del menor, las cuales han de tomarse necesariamente de común acuerdo, y aquellas otras, ubicadas en el ejercicio ordinario de la patria potestad que, por su menor trascendencia, pueden realizarse por uno solo de los progenitores, por aquel que tenga la guarda y custodia del menor (de hecho o en virtud de resolución judicial).

Desde esta perspectiva, p.ej. DÍAZ SOLÍS²⁶ entiende que las decisiones sobre aspectos relacionados con la salud se deben considerar trascendentes a los efectos de que se adopten por ambos padres, salvo situaciones de urgencia o actos rutinarios, que se repiten con relativa frecuencia en la vida del menor, de poca importancia y por ende adecuados al uso social. Según este autor, entre estas situaciones tienen cabida actos como llevar al niño revisiones médicas -pediátricas- u odontológicas rutinarias, o para dispensarle tratamientos exentos de especial gravedad. En esta misma línea GALÁN CORTES afirma que «para los actos médicos ordinarios (acudir a una consulta pediátrica para un control rutinario o por una patología banal, hacer una analítica u otra prueba sencilla y sin riesgos...) la decisión corresponde al progenitor con quien el menor acuda a la consulta o con quien conviva, no siendo preciso obtener el consentimiento del menor ausente. Sin embargo, para actos médicos extraordinarios (intervenciones quirúrgicas o aplicación de tratamientos complejos) se precisa, en principio, el consentimiento de ambos progenitores».

La conocida como jurisprudencia menor, emanada de las Audiencia Provinciales, respalda estos criterios.

Así, p.ej., el AAP La Rioja, Sec. 1.ª, de 11 de noviembre de 2022, en un caso en desacuerdo de los progenitores acerca de la vacunación del hijo contra el Covid-19, declara lo siguiente:

«La doctrina civilista mayoritaria distingue, con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más

26. DÍAZ SOLIS, A. Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial la autorización para el cambio de domicilio del menor. Diario La Ley, Wolters Kluwer, nº 9186, Sección Doctrina, 26 de abril de 2018.

importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales .

»2.-Entre los actos de ejercicio ordinario que correspondería decidir al progenitor que se encuentre conviviendo en casa momento con el menor, sin consentimiento del otro progenitor “los que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”, como serían los actos que conforman el contenido ordinario y habitual de ejercicio de la potestad parental, aquellas decisiones de menor rango que han de adoptarse en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en la educación y desarrollo del menor, como podrán ser autorizar al menor a excursiones o salidas, servicio de comedor, clase de ropa o calzado, actividades de ocio que no comporte riesgo.

»Entre los actos de ejercicio extraordinario que corresponden a ambos progenitores estarían los de la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo, la elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios o su posible cambio a otro distinto; la determinación de si el centro docente ha de ser público o privado, religioso o laico, situado en España o en el extranjero; en régimen ordinario o de internado, las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, como el sometimiento o no del mismo a terapias o tratamientos médicos preventivos, paliativos o curativos agresivos (como la fisioterapia, la quimioterapia, rehabilitación, etc.) o alternativos (como la homeopatía); la aplicación al menor de tratamientos psiquiátricos o terapias psicológicas, o la práctica de una intervención quirúrgica, curativa o estética, etc. como señala el Auto de la AP Barcelona sección 18 del 27 de junio de 2017».

Más recientemente, el AAP Madrid, Sec. 22.^a, de 1 de octubre de 2021, declara lo siguiente:

«El ejercicio de la patria potestad compartida implica como distintas sentencias de esta misma sección ha dictado como la de 18 de diciembre del 2018; y 22 de enero del 2020, 28 de febrero y 16 de abril del mismo año, supone que las decisiones importantes relativas al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

»a) [...]

»e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

También se pronuncian en parecidos términos el AAP Huelva, Sec. 2.ª, de 22 de marzo de 2023, y AAP Badajoz, Sec. 3.ª, de 27 de junio de 2022, en otro caso de discrepancias sobre la decisión de vacunar al menor contra el Covid-19.

En suma, en toda actuación médica sobre un menor sujeto a patria potestad cuyo consentimiento informado y previo a dicha actuación han de prestar por él sus padres estos habrán de tomar su decisión conjuntamente (o uno con el consentimiento expreso o tácito del otro) siempre que se trate de actuaciones no urgentes y que conlleven intervención quirúrgica o tratamientos médicos complejos o que entrañen especial riesgo o gravedad.

El segundo inciso del párrafo primero del art. 156 CC, por ser una excepción a la regla general, no admite una interpretación extensiva (el art. 4.2 CC prohíbe que las normas excepcionales se apliquen a supuestos distintos de los expresamente comprendidos en ellas), lo que significa que en caso de duda acerca de la naturaleza del acto médico en cuestión (si es o no urgente o si es o no rutinario) ha de prevalecer la regla general que exige al médico recabar el consentimiento de ambos progenitores (art. 9.3 Ley 41/2002 en relación con el primer inciso del párrafo primero del art. 156 CC). Y en esta tesitura (necesidad de que el consentimiento informado previo a una actuación médica sobre el hijo menor lo presten ambos progenitores por no ser válida la actuación de uno solo) nos aboca a analizar la cuestión nuclear de este trabajo consistente en cómo se ha de actuar para dilucidar las discrepancias entre progenitores sobre temas relacionados con la salud de sus hijos, situación que se produce con cierta frecuencia cuando viven separados tras una situación de crisis matrimonial.

IV. LA RESOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

1. Posibilidad de recabar el auxilio judicial

El art. 156 CC, párrafo tercero, dispone:

«En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije,

que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».

Conviene hacer una pequeña reflexión sobre esta previsión legal de que sea la autoridad judicial quien resuelva las discrepancias entre progenitores. Últimamente desde determinados sectores políticos e ideológicos autoproclamados como progresistas se viene defendiendo públicamente la idea de que los hijos «no pertenecen a los padres»²⁷, con el fin de poner de manifiesto o hacer hincapié en la necesidad de proteger a los menores frente a decisiones de sus padres que puedan perjudicarles. Ciertamente, la intervención del Estado y de los Poderes Públicos en materia de familia, en especial en cuanto al ejercicio de la patria potestad, sigue el principio de subsidiaridad que establece la normativa de derechos humanos. Así lo afirma expresamente NEVADO MONTERO, que añade que si la familia ejerce adecuadamente su función protectora, el Estado ha de limitarse a proporcionar los medios a la institución familiar, a asistirle, y a establecer el conjunto de derechos, deberes, medidas de protección y de asistencia especial que precisan niños y adolescentes, de forma que solo cuando esa función no se ejerce o se ejerce en perjuicio del menor se establecen desde el Estado mecanismos de protección tanto a nivel administrativo como judicial. El procedimiento del art. 156 CC ha de considerarse como uno de esos instrumentos que permite salvaguardar el interés superior del menor²⁸.

Por lo dicho hasta aquí, no hay duda de que esta disposición está estrechamente vinculada con la previsión del primer párrafo del mismo precepto, de forma que solo resultará preciso recabar el auxilio judicial para dilucidar las discordancias entre progenitores cuando estos deban ejercer conjuntamente la patria potestad. En conse-

27. Durante la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros celebrado a mediados de enero de 2020, la exministra de Educación y Formación Profesional D.^ª Isabel Celaá afirmó, para rechazar el denominado «pin parental» instaurado por la administración autonómica murciana que exigía a los centros educativos informar a las familias de las actividades complementarias previstas en clase para que los padres decidieran la asistencia de sus hijos, que «no podemos pensar de ninguna de las manera que los hijos pertenecen a los padres».

28. Para la jurisprudencia (p.ej. SSTS 1.^ª, 984/2023, de 20 de junio, y 444/2015, de 14 de julio), el interés del menor difícilmente puede concebirse desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen de las circunstancias en las que se manifiesta, sino que en su determinación ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, valorando el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombres y apellidos.

cuencia, insistimos en que no será necesario obtener autorización judicial en situaciones de urgencia ni en actuaciones rutinarias de escasa trascendencia o gravedad por ser válido a los efectos del art. 9.3 c) Ley 41/2002 el consentimiento del progenitor con el que el menor acuda a recibir la asistencia (normalmente el progenitor custodio).

De forma esquemática, cuando el médico debe actuar sobre un paciente menor de edad sujeto a patria potestad pueden darse las siguientes situaciones:

- 1ª) Situaciones de riesgo para la salud pública (art. 9.2 a)) o de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente menor en las que no sea posible conseguir autorización de sus representantes legales (art. 9.2 b)). En ambos casos, tal y como acontecería si fueran pacientes mayores de edad, el médico puede llevar a cabo las «intervenciones clínicas indispensables» sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente (en el caso de menores, el de los padres).
- 2ª) Situaciones que no tienen cabida en tales supuestos. Por tratarse de pacientes que no tiene capacidad para decidir por sí es imprescindible recabar el consentimiento de sus representantes (art. 9.3 c)). Lo que abre la puerta a las dos posibilidades a las que se hizo anteriormente mención:
 - a) Situaciones en que es válido el consentimiento de un solo progenitor, como cuando se trata de actuaciones urgentes o meramente rutinarias.
 - b) Situaciones no urgentes ni rutinarias en que se debe recabar el consentimiento de ambos progenitores. Es en estos casos cuando está legalmente previsto el auxilio judicial, ya sea a instancia de los padres o del propio facultativo. El referido art. 156 CC permite a los padres recabar el auxilio judicial cuando discrepan a la hora de prestar su consentimiento. Y por su parte el art. 9.6 Ley 41/2002 prevé que sea el médico el que recabe dicho auxilio «directamente o a través del Ministerio Fiscal» ante decisiones de los padres-representantes inconciliables con el superior interés del paciente menor -GALÁN CORTÉS comprende aquí los casos en que el criterio del menor oído es contrario al de los padres y los casos en que existe una diferencia de criterio entre el profesional y los progenitores-.

2. Procedimiento para resolver las discrepancias: especial importancia de la audiencia del menor

2.1. Jurisdicción voluntaria vs jurisdicción contenciosa

Como señala pacíficamente la doctrina (DÍAZ SOLÍS, ARMENGOT LAPLANA²⁹ o NEVADO MONTERO) en principio el procedimiento para llevar a efecto el contenido del art. 156 CC se encuentra regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria³⁰ (en adelante LJV), en concreto, en el Título III Capítulo II que lleva por rúbrica «De la intervención judicial en relación con la patria potestad», arts. 85 (disposición común) y 86 (disposición específica sobre la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad).

Y digo «en principio» porque los desacuerdos entre progenitores pueden darse tanto en situaciones en que ambos conviven matrimonialmente o *more uxorio* (aunque si hay convivencia las discrepancias sean menos habituales) como en situaciones (mucho más frecuentes en la práctica³¹) de cese de la convivencia, tras nulidad, separación o divorcio o ruptura de la convivencia entre progenitores no casados. Si hay convivencia, el procedimiento que se ha de seguir para dirimir las discrepancias es el de jurisdicción voluntaria. Si la convivencia ha cesado, caben otras alternativas. En este sentido, para ARMENGOT LAPLANA pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Situaciones de ruptura de la convivencia con sentencia judicial. Si la sentencia ha fijado medidas relativas a cómo deben actuar los padres ante decisiones que afecten a la salud del menor (pensemos p.ej. en menores con graves patologías, enfermedades crónicas, o que han de someterse a alguna intervención quirúrgica o tratamiento programado), si la discrepancia supone el incumplimiento de la sentencia cabe acudir al trámite de ejecución forzosa a

29. ARMENGOT VILAPLANA, A. De la intervención judicial en relación con la patria potestad. *Práctica de Tribunales* n.º 116, septiembre-octubre 2015, La Ley 5180/2015, Wolters Kluwer.

30. BOE n.º 158, de 3 de julio de 2015, en vigor el 23 de julio.

31. El AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 26 de noviembre de 2018, es taxativo al remarcar que las discrepancias no es que sean más frecuentes en situaciones de cese de la convivencia, sino que según la práctica forense «los desencuentros entre los progenitores que se presentan ante los tribunales en solicitud de decisión dirimente, únicamente se dan en situaciones de vida separada de los mismos y con el trasfondo de procesos de divorcios conflictivos [...]». También advierte que «la judicialización de estos conflictos es, cuanto menos, inapropiada», y que lo mejor es que los progenitores consensuen lo más conveniente para sus hijos en cuestiones como la educación, la formación y los valores culturales que desean transmitir, etc..

fin de que se cumpla lo acordado en sus propios términos. Si la sentencia no ha concretado qué hacer, qué decisiones han de tomar ambos progenitores sobre la salud de sus hijos sujetos a patria potestad, quedaría abierta la vía de la modificación de medidas de concurrir los presupuestos que lo permiten (art. 775 LEC). Según este autor, cabe también que se acuda primero al procedimiento de jurisdicción voluntaria y que a consecuencia de lo que se resuelva se inste después una modificación de medidas.

- b) Situaciones de ruptura de la convivencia sin sentencia judicial. En este caso ha de acudir al expediente de jurisdicción voluntaria de los arts. 85 y 86 LJV.

Por tanto, el procedimiento del art. 86 LJV al que ha de entenderse que se remite el art. 156 CC para que un juez³² dirima las discrepancias entre progenitores es el idéneo tanto en situaciones de progenitores convivientes (matrimonio o análoga relación de afectividad) como en situaciones en que ha cesado la convivencia, pero no hay sentencia, o sí se ha dictado sentencia, pero la discrepancia entre los padres no comporta que deban modificarse las medidas definitivas adoptadas.

Además, del propio tenor del art. 156 CC, párrafo tercero, resulta que las discrepancias pueden ser puntuales o reiteradas:

«En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años».

En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ afirma que el primer inciso del citado párrafo tercero se refiere a lo que denomina «desacuerdo simple», que se produce de forma puntual y sobre un único asunto, el cual se dirime por el juez dando respuesta concreta al problema tras dar audiencia a los progenitores y al menor, y el «desacuerdo reiterado», que por producirse de forma repetida o constante y afectar a varios temas el juez lo resuelve por el mismo cauce pero de forma estable durante el plazo que se fije, nunca superior a dos años, adoptando alguna de las siguientes

32. La Exposición de Motivos de la LJV justifica que se atribuya este expediente a los jueces y no a otros operadores por estar en juego los intereses de menores.

soluciones: a) atribuyendo totalmente el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores; b) atribuyendo parcialmente -p.ej. en temas de salud- el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores; y c) distribuyendo entre ellos las funciones (lo que también puede dar lugar a que solo uno de los progenitores se encargue de las decisiones que afectan a la salud de los hijos, ya sea con carácter general o únicamente para actuaciones médicas concretas).

2.2. Procedimiento del art. 86 LJV

Según dispone el primer inciso del apdo. 1 «Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores». El apdo. 2 atribuye competencia objetiva para conocer de este expediente al juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo, salvo que el ejercicio conjunto de la patria potestad venga establecido por una resolución judicial, en cuyo caso la competencia corresponde al mismo órgano judicial que la dictó. El apdo. 3 se refiere a la legitimación para promover el expediente, que, en lo que nos interesa, corresponde a ambos progenitores, individual o conjuntamente.

Como acertadamente precisa ARMENGOT VILAPLANA, en la tramitación de este expediente se ha de seguir lo dispuesto en el art. 85 LJV, dado que se trata de una disposición común a todos los procedimientos del Capítulo II, y por ende, de una norma especial frente a las disposiciones que con carácter general configuran el procedimiento de jurisdicción voluntaria y que se contienen en el Título I. En este sentido el art. 13 LJV deja claro que las disposiciones generales solo son aplicables en lo no específicamente previsto por las disposiciones particulares aplicables a cada expediente (lo que acontece con la mayoría de las cuestiones como los requisitos de la solicitud, la acumulación de expedientes, la apreciación de oficio de la falta de competencia, el desarrollo de la comparecencia, etc.).

a) Iniciación

Aunque el art. 86 LJV, que es precepto especial en esta materia, atribuye legitimación únicamente a los progenitores, las normas generales (arts. 3 y 14.1 LJV) e incluso la norma especial del art. 87.3 LJV (que permite que se adopten de oficio todas las medidas a que se refiere el Capítulo II) avalan la conclusión a que llega algún sector de la doctrina sobre que también cabe que el procedimiento del art. 86 LJV se inicie de oficio o a petición del Ministerio Fiscal (previsión esta última que además y por lo

que nos interesa entronca con lo dispuesto en el art. 9.6 Ley 41/2002 cuando permite a los facultativos recabar el auxilio judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal). Por tanto, en caso de desacuerdo de los padres

b) Requisitos de la solicitud

La solicitud de los progenitores, formulada conjunta o individualmente, debe cumplir los requisitos del art. 14 LJV, en los que no voy a detenerme. Únicamente se ha de destacar que al no ser preceptiva la intervención de abogado ni de procurador (art. 85.3 LJV), la oficina judicial ha de facilitar al/los solicitante/s «un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado» (art. 14.3 LJV).

c) Control de admisión de la solicitud, citación a comparecencia y desarrollo de esta

El art. 16.1 LJV atribuye al «Secretario Judicial», actual Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), la función de controlar de oficio si se cumplen los requisitos de la solicitud y las normas de competencia objetiva y territorial. Si la solicitud es admisible debe citar a los interesados a una comparecencia, que en el caso del expediente de los arts. 85 y 86 LJV, comprende la citación de los progenitores, sean o no los promotores, del Ministerio Fiscal (cuya intervención también es preceptiva según el art. 4 LJV aunque no haya sido el promotor al estar en juego los intereses de un menor³³) y la del menor de edad, dado que ha de respetarse su derecho a ser oído en los términos a los que ya hemos hecho alusión.

Según el art. 85.2 LJV, «El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días». Por tanto, en materia de prueba existe flexibilidad (no hay momento preclusivo ni rige el principio de aportación de parte). Aunque el material probatorio debe en principio acompañarse con la solicitud (art. 14 LJV), puede aportarse en la comparecencia (según el art. 17.3 LJV el LAJ debe advertir en la citación que han de acudir con los medios

33. La legitimación general del Ministerio Fiscal cuando están afectados los intereses de menores de edad que reconoce la LJV no es más que la plasmación en este ámbito de la función constitucional que se atribuye al MF (art. 124 de la Constitución), reconocida en su propio estatuto orgánico (art. 3.7).

de prueba de los que se quieran valer), e incluso, por estar en juego intereses de menores, practicarse en los diez días siguientes (art. 85.2 LJV), además de que se puedan también practicar diligencias probatorias de oficio.

d) Decisión y recursos

Conforme al art. 19.2 LJV, al afectar el expediente a los intereses de un menor «la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados». En consecuencia, en línea con lo que establece el art. 752 LEC para los procesos con menores, la decisión judicial que deba adoptarse en este expediente de jurisdicción voluntaria puede fundarse en los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia de quien los haya alegado o introducido en el procedimiento y de la forma en que resulten acreditados, sea en virtud de diligencias practicadas a instancia de parte, del Ministerio Fiscal, de los demás interesados, o incluso de oficio.

Como ya avanzamos, de los arts. 156 CC y 86 LJV se desprende que este expediente puede tener dos posibles objetos: a) lograr la autorización judicial para dirimir un desacuerdo simple y determinar a cuál de los progenitores debe corresponder tomar una determinada decisión (en nuestro caso, relacionada con la salud de su hijo menor), p.ej. vacunar a un hijo; y b) obtener la autorización judicial en casos de desacuerdo reiterado o constante (en nuestro caso, sobre decisiones que afectan a la salud de sus hijos en general, no a un acto médico en particular) a fin de que se determine a cuál de los padres le corresponde decidir de forma exclusiva sobre todos los asuntos de salud o sobre concretas actuaciones según el reparto de funciones que la decisión judicial establezca entre los dos progenitores. Según el art. 156 CC esta última decisión tiene una vigencia temporal máxima de dos años y conforme al art. 19.4 LJV, dado que la resolución que pone fin al expediente no produce el efecto de cosa juzgada, nada impide acudir a la vía contenciosa e iniciar un proceso con el mismo objeto, «debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

Al ser competencia del juez, la resolución del expediente es por auto (art. 19.1 LJV) recurrible en apelación (art. 20 LJV)³⁴ sin efectos suspensivos. Pero contra el auto

34. La d. final primera, veintinueve, LJV modificó el art. 156 CC eliminando la expresión «sin ulterior recurso» vigente en su redacción anterior.

que resuelve dicho recurso de apelación no cabe recurso de casación habida cuenta que, tanto al amparo del régimen procesal civil vigente a fecha de este trabajo (es decir, el anterior a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio), como al amparo del nuevo régimen legal, solo son recurribles en casación «las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales»³⁵ actuando como órgano colegiado, lo que impide que sobre estas cuestiones exista doctrina jurisprudencial -conforme al art. 1.6 CC, solo la del Tribunal Supremo lo es-.

V. ALGUNOS EJEMPLOS.

1. Desacuerdo de los padres sobre la vacunación de sus hijos menores sujetos a su patria potestad.

Como desarrolla con brillantez NEVADO MONTERO en el artículo que aparece referenciado en este trabajo y han apuntado también juristas de prestigio como TOLOSA TRIBIÑO, la vacunación en España es voluntaria, sin perjuicio de la existencia de cobertura legal para imponer en determinadas situaciones la vacunación obligatoria, bien de la población en general o de grupos de riesgo. En el caso de pacientes menores de edad, la jurisprudencia viene considerando que la Administración tiene potestad para imponer la exigencia de determinadas vacunas como condición para la obtención de determinados beneficios públicos (matriculas, servicios de guardería).

Pues bien, si dejamos al margen los casos en que la vacunación del menor puede venir impuesta (p.ej. AJCA n.º 5 Granada, de 24 de noviembre de 2010 ante un brote de sarampión), dado que en los casos de vacunación voluntaria no concurren las circunstancias que, de concurrir, permitirían prescindir del consentimiento del paciente

35. Es jurisprudencia reiterada, dictada en aplicación del vigente régimen legal de recursos extraordinarios, que «están excluidos de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los autos, las demás resoluciones que no revistan forma de sentencia, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales (art. 477.2 y disp. final 16.ª, apartado 1 y regla 1.ª, LEC), con la única excepción de que son recurribles en casación los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (arts. 37.2 y 41), de los Reglamentos CE n.º 1347/2000 y n.º 44/2001 y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento» (ATS, 1ª, de 31 de mayo de 2023, rec. 74/2023).

(art. 9.2 Ley 41/2002), la vacunación o no del menor es una decisión que compete a sus padres (art. 9.3 c) Ley 41/2002) pero que han de tomar atendiendo al mayor beneficio para la vida y salud de su hijo (art. 9.6 Ley 41/2002).

La cuestión es si la vacunación del menor es una actuación médica no urgente o rutinaria encuadrable en los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad ordinaria y por tanto, no sujeta a la exigencia de actuación conjunta de ambos progenitores, o si supone un acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad, en que sí han de consentir ambos padres y en que el disenso o las discrepancias entre ellos va a dirimirse por la autoridad judicial (art. 156 CC y 86 LJV). En principio, como apunta NEVADO MONTERO, en la vacunación de menores es muy difícil apreciar razones de urgencia. Por otro lado, ciertamente que determinadas vacunas, como fue el caso de la del Covid-19 (dada la premura con la que se aprobó), no puede decirse que no representen un riesgo para el paciente, lo que excluiría que la vacunación sea un acto médico rutinario o de escasa importancia.

Llegados a este punto, cuando los progenitores discrepan sobre la decisión de vacunar a su hijo, la jurisprudencia viene manteniendo el criterio mayoritario de considerar que frente a la libertad individual del progenitor que se niega, frente a sus creencias, ha de prevalecer el interés superior de la salud de su hijo, y por tanto, el criterio del que muestra partidario a vacunarle, todo ello, por ser la vacunación una decisión proporcionada ante las evidencias científicas que existen de mayores beneficios de la vacunación (prevención y control de enfermedades o epidemias) frente a los riesgos representados por determinados efectos secundarios (muchos además, que no está probado que puedan vincularse causalmente con la vacuna).

Entre las resoluciones más recientes y significativas podemos encontrar las siguientes:

- AAP Alicante, Sec. 4.ª, de 23 de noviembre de 2022.

Resuelve la disputa entre progenitores sobre vacunar a su hijo contra el Covid-19 en el sentido de confirmar la decisión del juzgado de autorizar a la madre para llevar a efecto su voluntad favorable a la vacunación. Más allá de considerar idóneo el procedimiento del art. 156 CC y 86 LJV, razona en cuanto al fondo que para dilucidar cual es la decisión más beneficiosa para el menor necesariamente se debe valorar el estado de la cuestión desde el punto de vista médico, es decir, las recomendaciones de la comunidad científica y las decisiones que las autoridades sanitarias adoptaron ajustándose a ellas, al constituir el «canon objetivo que define lo que con carácter general debe con-

siderarse más beneficioso para el interés de los menores que se encuentren en una situación de normalidad», de forma que la madre, al fundar su decisión en ese canon, no podía decirse que actuara de forma desviada o atípica.

- AAP La Rioja, Sec. 1.ª, de 11 de noviembre de 2022 (con cita AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 17 de octubre de 2018).

También resuelve la disputa entre progenitores sobre vacunar a su hijo contra el Covid-19 en el sentido de atribuirle la decisión a la madre. El tribunal comienza recordando que lo que debe resolver «pasa no tanto por autorizar la vacunación (pues la decisión sobre vacunar o no al hijo menor no incumbe a los tribunales sino a los padres), sino por decidir, ante el desacuerdo entre los progenitores sobre ese particular, a cuál de los dos padres ha de atribuirse la facultad de decidir sobre la vacunación o no vacunación del hijo menor de edad». Seguidamente razona, en síntesis, que al existir evidencias científicas del beneficio de vacunar a los menores, porque también se contagiaban y podían transmitir la enfermedad, de que la vacuna era eficaz contra la enfermedad, por disminuir en el vacunado los riesgos de sufrir consecuencias graves en caso de infección y dificultar la transmisión por la menor carga viral de los vacunados, y de que su inoculación no tenía efectos secundarios graves, no constando tampoco contraindicación médica ni alergia en la menor, lo procedente era proteger su salud frente a la negativa paterna.

2. Desacuerdo ante el tratamiento del autismo o patologías de naturaleza análoga.

- AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 8 de marzo de 2017

La controversia a que se contrae la respuesta judicial radica en el distinto parecer que tenían los progenitores sobre los problemas de salud de uno de sus hijos. Los médicos apreciaron diversas sintomatologías conductuales que referían la posibilidad de padecimiento de otras tantas patologías en su estado de salud física y psíquica. Entre otras manifestaciones se puso de manifiesto un déficit en el lenguaje en relación con su edad, dificultades auditivas severas por las que ya venía estando en tratamiento especializado, y dificultades de relación social, posiblemente como consecuencia de las anteriores. De entre los diversos diagnósticos que realizaron los médicos especialistas en las diversas áreas de la ciencia médica, todos de los de los considerados de mayor competencia en la ciudad de Barcelona, se suscitaron las diferencias entre los

progenitores en cuanto a la calificación que unos y otros le daban a tales patologías entre las que mayor enfrentamiento suscitaron estaba la que apuntaba a ciertos trazos de autismo, absolutamente rechazados por el padre, así como a los problemas derivados de una diagnosticada discapacidad sensorial auditiva. En primera instancia se atribuyó a la madre (promotora del expediente) la facultad de decidir el tratamiento adecuado al menor, si bien imponía una reducción en las horas y días de la actividad extraescolar de refuerzo pedagógico al mismo para que el niño dispusiera de más tiempo libre, y establecía que se abstuviera la madre de someter al menor a tratamiento alguno respecto a la problemática auditiva.

El tribunal, consciente de la complejidad del caso, lejos de dar completamente la razón a uno de los progenitores, y por ende, de revocar o ratificar completamente la decisión de primera instancia, opta por «restablecer el ejercicio conjunto y responsable» de la patria potestad, «con la adopción de los mecanismos idóneos para que pueda llevarse a efecto en beneficio del menor, con la previsión de la intervención de un coordinador de parentalidad si no se alcanzasen los acuerdos necesarios en un plazo razonable. A tal fin y si persistiesen los desacuerdos, se designará por el Juzgado en ejecución de sentencia al profesional de los inscritos con tal especialidad en el Colegio de Psicólogos de Catalunya para que intervenga en orientación psicológica con los progenitores, y con las más amplias facultades, con supervisión del EATAF y con el deber de informar al juzgado con carácter trimestral del proceso de normalización del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales y del nivel de colaboración de cada uno de los progenitores, de conformidad con lo que establecen los artículos 233-12 y 13 del CCCat y con el carácter de auxiliar del tribunal, en calidad de perito, que destacó la STSJ de Catalunya nº 11/2015, de 26 de febrero».

- AAP Barcelona, Sec. 12.^ª, de 26 de noviembre de 2018

El auto resuelve una controversia entre progenitores al discrepar sobre cómo debían afrontarse los problemas de salud de sus dos hijos, diagnosticados inicialmente como déficits de atención, rasgos indicadores de incipiente sintomatología autista en el mayor y repercusiones reflejas también en el menor. La madre, titular de la guarda, fue la que detectó estos problemas que también le fueron referidos por el centro escolar. Las divergencias surgieron por la negativa del padre a aceptar inicialmente la existencia de tales patologías,

y después con relación a los tratamientos más convenientes dentro de la cobertura pública o privada. La madre optó por el tratamiento privado ante las listas de espera de la medicina pública, surgiendo problemas añadidos respecto a la forma de soportar los costes. Mientras que se tramitaba a instancia del padre un procedimiento de modificación de medidas, la madre instó el expediente del art. 86 LJV pidiendo que se le atribuyera exclusivamente la facultad de decidir sobre los tratamientos médicos y farmacológicos de ambos hijos. En primera instancia se dio la razón a la madre.

Este auto comienza recordando que cuando se han de dirimir controversias de este tipo, la intervención judicial no es deseable, porque la decisión de un tercero que impone su criterio siempre va a ser mal aceptada por los padres, a los que incumbe hacer el esfuerzo de consensuar estas decisiones tan trascendentes. Y continúa diciendo que al órgano judicial le compete tan solo «ejercer la supervisión respecto a que se ha dispuesto de la posibilidad de consultar a diversos especialistas y se han seguido los protocolos de la buena praxis, pero nunca pueden opinar respecto a la bondad, conveniencia o necesidad de un determinado tratamiento. Son los progenitores quiénes han de adoptar las decisiones que correspondan como representantes legales del menor por cuanto son los llamados a suplir los déficits de capacidad del mismo». Seguidamente valora el interés superior de los menores en este caso concreto y concluye en estos términos:

«[...] por lo que se refiere a la asignación de la facultad de decidir a la madre en cuanto a los tratamientos (en general) que precisan los dos hijos no cabía ninguna otra alternativa. Los profesionales médicos o psicólogos intervinientes no hubieran podido realizar su trabajo sometidos a la constante fiscalización contradictoria por parte de uno de los progenitores. Resulta de las pruebas practicadas que había sido la madre la que, con carácter de cuidadora principal, había realizado el seguimiento de los mismos ya desde que se detectaron los problemas en Ignacio hace más de diez años. La solución inversa, haber otorgado al padre la responsabilidad de decidir individualmente ni siquiera fue planteada por el mismo que se ha limitado en todo el proceso a que le fuera garantizada la facultad de decidir en común, sin darse cuenta de que ante la situación generada no era viable mantener el criterio de decisión conjunta por el enconamiento de las posiciones. Si la madre hubiese estado ausente o impedida no cabe duda de que el padre hubiese ejercido las mismas funciones con gran sentido de la responsabilidad, pero la espiral de enfrentamientos generada ha impedido seguir manteniendo la facultad de decisión conjunta sin establecer un mecanismo sustitutorio de carácter subsidiario.

Por otra parte, consta que la negación absoluta del padre recurrente a aceptar determinados diagnósticos y la farmacología prescrita por la psiquiatra es una prueba relevante de la ofuscación en la que se situó que le ha llevado a dudar de eminentes especialistas.

»En este sentido el padre debe realizar un examen crítico de la postura adoptada, por cuanto la misma escapa a la racionalidad de las cosas y a la prudencia con la que hay que abordar las problemáticas derivadas de las diferentes patologías que, en menor o mayor grado, padecen sus hijos.

»En definitiva, el recurrente no ha aportado elemento alguno en la apelación del que pueda desprenderse que ha existido error en la apreciación de las pruebas por la magistrada de primera instancia, ni de que la atribución de la facultad de decidir sobre el tratamiento médico apropiado se asigne a la madre, sin perjuicio de la eventual revisión de la medida transcurridos dos años desde que fue adoptada, siempre que se acredite plenamente el perjuicio para los menores del tratamiento prescrito y no se fundamente únicamente en meras opiniones divergentes basadas en prejuicios respecto al uso de fármacos para el tratamiento de las enfermedades que aquejan a los hijos menores».

EL MÉDICO EN EL NUEVO ESCENARIO LEGAL DE LA DISCAPACIDAD

Juan Calixto Galán Cáceres

Fiscal del Tribunal Supremo.

I.- INTRODUCCIÓN

“El concepto de discapacidad ha evolucionado gradualmente, de acuerdo con los cambios de la sociedad, a partir de hechos como el reconocimiento de los derechos, el entendimiento de distintas condiciones y las mismas definiciones de los conceptos. Asimismo, ha evolucionado de acuerdo con el estudio de modelos y teorías que sirven como elementos críticos de explicación y predicción del fenómeno de la discapacidad. Partiendo de las concepciones religiosas, punitivas y estigmatizantes ha cambiado hasta llegar a modelos médicos y sociales incluyentes con la persona que sufre una discapacidad ^{1,2}. En su evolución y estudio, el análisis desde la bioética, en cuanto metodología que ayuda a resolver efectivamente dichos conflictos, problemas y dilemas, contribuye también a analizar y problematizar el concepto de discapacidad ³.” (...) Así, la discapacidad es un concepto complejo y multidimensional, por los factores que determinan su naturaleza y que trascienden el lenguaje. Además, suscita implicaciones a nivel político y social y, a nivel práctico, implica condicionantes en la medición de la prevalencia y la incidencia. Esto debido al componente cultural y las concepciones sociales que influyen en la conceptualización de la discapacidad y, además, permiten focalizar acciones en servicios de atención en salud, asignación de recursos públicos y desarrollo de políticas públicas, lo cual, a su vez, se refiere a la protección frente a problemas sociales que atraviesan el nivel personal y el corporal”

Me resulta idóneo comenzar esta aportación con las acertadas palabras expresadas por los profesores colombianos David Barbosa, Felipe Villegas y Jonathan Beltrán en su meritorio trabajo *“El modelo médico como generador de discapacidad”* publicado en la revista latinoamericana de bioética en el mes de febrero del año 2019.

Ciertamente nos encontramos en un momento decisivo en la evolución de la discapacidad personal, ahora también llamada capacidad diferente de algunas personas, que sin duda alguna presenta una proyección multidimensional en los ámbitos de la salud, del Ordenamiento Jurídico, de la familia y también de la sociedad en general. Asistimos en los últimos años a un verdadero tsunami normativo que bien intencionadamente busca a toda costa realizar una adecuada integración social, familiar y por ende jurídica de aquellas personas que en algún extremo han visto modificada su capacidad.

Si la Ley 41/2002 de autonomía personal y documentación clínica marcó un hito esencial en la historia de nuestro país para generar un nuevo escenario en el marco de la autonomía de la voluntad individual frente a las intervenciones los actos mé-

dicos es lo cierto que el legislador español, y con secuencialmente la Justicia española han decidido acometer un ambicioso proyecto de integración personal en la sociedad en la familia de todas aquellas personas que presentan un haz y aptitudes diferenciado con el resto de las personas.

Para ello, se ha dictado una legislación francamente tuitiva y directamente encaminada para que las personas con la capacidad modificada puedan valerse con carácter genérico hasta dónde a ellos mismos puedan hacerlo sin interaccionar con otras personas o instituciones de ayuda, ya que efectivamente, y ello presenta una singular grandeza ética y filosófica, lo que la Ley procura, -o al menos intenta-, no sin muchas dificultades que nos ocuparemos posteriormente de reseñar, es potenciar hasta el máximo la autonomía de cada persona para que el desarrollo de su personalidad sea acorde con el ejercicio de su vida diaria en su relación consigo mismo y con los demás, de forma que la intervención ajena sea lo más limitada y excepcional posible, al objeto de que la persona realice sus manifestaciones vitales en el ámbito de su mayor consideración posible siempre que su voluntad y su propia capacidad de modo ordenado y sin producción de daños o perjuicios personales pueda realizarlo por sí solo, de tal manera, que las medidas de apoyo (que jurídicamente así se denominan como veremos a continuación) solo entren en funcionamiento cuando la persona no puede realizar acciones o actos jurídicos de forma adecuada e idónea en su propia manifestación personal.

Acotada, aunque sea de modo somero esta introducción material, nos ocupa ahora citar la legislación más relevante direccionada no solo a abandonar el viejo término de la incapacidad o incapacitación de las personas, sino hacer posible un marco jurídico que permita el desenvolvimiento en los términos posibles del mayor grado de autonomía personal.

II.- LA NORMATIVA MÁS RELEVANTE EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

En este aspecto sin ninguna duda la nueva ordenación legal la constituye la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta ley 8/21 llega con cierto retraso a nuestro país como sucedió con la propia Ley 41/2002, pues 15 años después del la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 se procura precisamente la adaptación a esa norma internacional al objeto de la búsqueda de la igual-

dad entre todas las personas y donde se procura expresamente que las personas con discapacidad no pueden tener una privación de su capacidad jurídica estrictamente más allá de lo que resulte necesario, y para ello debe crearse un marco de ayudas singulares y adaptadas a la persona para la optimización de su capacidad con respeto de su voluntad y de sus preferencias como indica la ley y veremos inmediatamente.

En la nueva ley sólo hay una nueva capacidad que es la jurídica, desaparece el término incapacidad e incapacitación, con arraigo en la legislación española, pero en estos nuevos tiempos son términos desfasados, por esencia generalistas y de amplio rango, y se suprime la institución civil de la tutela y en consecuencia del tutor para las personas con capacidad modificada o diferente.

Es indudable que la reforma tiene un amplio calado en este loable esfuerzo para potenciar la libertad personal en normas mercantiles, notariales, etc., pero por motivos de extensión de este apartado, sólo vamos a incidir y de modo muy sintético en aspectos sustanciales que se han reformado en el código civil y en la ley procesal civil.

Consecuentemente no nos queda más remedio que abordar estas novedades legislativas dentro del ámbito más relevantes desde un punto de vista asistencial y médico, y también en relación con los diferentes efectos ya se despliegan para una persona con capacidad diferente.

Nos resulta indiscutible, y aunque el tenor sea eminentemente jurídico que los médicos deben conocer la disposición general que se establece en el art. 249 del Código Civil en relación con las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Dice este precepto en sus dos primeros párrafos: *“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus

preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Y a continuación se establece que aparte de las propias medidas de apoyo voluntarias establecidas por la propia persona, en los casos en que ello sea preciso, se pueden establecer, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

El texto legal continúa afirmando que: *“La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias”.*

La norma aparte de las medidas voluntarias designadas por la persona, continúa expresando cuando entra en juego la guarda de hecho, la curatela que necesita a una persona como curador que asiste de modo continuado al discapaz, y el defensor judicial para los casos de medidas de apoyo de carácter ocasional. Se excluyen de la participación de estas medidas de apoyo quienes ya por contrato presten a la persona servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga.

Es necesario hacer constar que en la vigente Ley de enjuiciamiento civil (en adelante LEC) se recoge que como defensor de la legalidad y en defensa de las personas con capacidad diferente y de los menores: *“El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor”.* Dibujamos pues este pórtico normativo en la medida en que los facultativos van a tener una directa participación en las posibles medidas de apoyo que pueda necesitar una persona con capacidad diferente. Y ello es muy importante de la manera en que se recoge en lo preceptuado tras la reforma de la LEC cuando en las pruebas que con carácter preceptivo son necesarias para determinar cuáles son esas medidas de apoyo en el art. 759 de ese texto legal se recoge en su párrafo 3º que la autoridad judicial: *“ 3.º Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”.* Es decir que el Juez contará al margen de los servicios sociales con lo que disponga el facultativo que previa y obviamente habrá reconocido y evaluado al paciente para saber desde la perspectiva de su salud y de sus concretas capacidades que concretas medidas de apoyo precisa la persona en

cuestión y el modo más adecuado para la prestación de las mismas, y de lo que nos ocuparemos con más detenimiento en otro apartado de este trabajo.

A este respecto de modo primario nos recuerda Rafael Timermans, médico de familia de la Fundación Querer en varias aportaciones y entrevistas en medios de comunicación, la importancia del médico de familia y de los servicios de atención primaria en la relación médico-paciente y lo valiosos que son estos facultativos para las personas con la capacidad modificada, expresando que “ es indispensable tener empatía y saber escuchar”. Efectivamente coincidimos con las palabras del referido doctor que El *médico de familia*, también conocido como médico general o comúnmente llamado médico de cabecera, proporciona una *atención permanente e integral a los pacientes y sus familias*. Conoce su situación médica, pero también social, laboral y psicológica.

En el trato con personas con discapacidad, su figura resulta indispensable ya que va a ser un punto de *apoyo a nivel emocional y una guía para ellas y sus familias*. El médico de familia entiende sus necesidades y los acompaña durante todo el proceso, tanto a nivel médico como administrativo, y también judicial a la luz de la regulación procesal vigente. Y en tal sentido de primera mano conocen no sólo las dolencias físicas del paciente sino que también vislumbran las psicológicas, para que las mismas reciban la respuesta adecuada no solo sanitaria, sino también de integración familiar e institucional cuando tratan al paciente, y expresan en su informe pericial en que medida y de que manera el paciente puede ser ayudado con medidas idóneas que puedan integrar su capacidad para los actos de la vida diaria tanto personales como sociales y también jurídicos. Por lo que con independencia del criterio posterior de los médicos forenses, es lo cierto que tanto para estos profesionales de la medicina, como para los Fiscales y Jueces este informe de base, pero sobre el terreno, es absolutamente necesario para una evaluación mesurada y completa del paciente, ya que además estos profesionales como nos recuerda acertadamente el Dr. Timermans “ *en el caso de las personas con discapacidad, el médico general tiene una visión global de las necesidades del niño o adulto y será, por tanto, quien dé una primera orientación del diagnóstico general y derive a los especialistas más adecuados, dependiendo de las dificultades que presente, para que estos den, a su vez, un diagnóstico específico*”. De tal manera que ayuda a la familia para la identificación de las medidas de apoyo específicas, y a distinguir de lo principal de lo accesorio, para que su momento, añadimos nosotros, que ante las dificultades y problemas se puedan poner de manifiesto ante el juez en los casos en que la voluntariedad no es posible y entren en juego las instituciones jurídicas comentadas de la guarda de

hecho, el curador o defensor judicial, tendrán en el médico de familia un decisivo aliado en el devenir prestacional y de ayuda al paciente con la capacidad diferente.

A nivel complementario es preciso incidir en que la ayuda de los profesionales sociales y de la propia familia adquieren un relieve también sustancial para alumbrar con eficiencia los informes médicos y periciales que puedan prestarse al respecto, pues ciertamente todo suma, y en la lucha de la autonomía personal y en las medidas de ayuda el informe debe ser lo más completo posible y fiel a la realidad de la salud, actitudes y aptitudes del paciente para optimizar el objetivo pretendido, que no es otro que proporcionar la mayor calidad de vida y bienestar posible al paciente con pleno respeto al ejercicio de su capacidad hasta donde le sea posible.

III.- IMPLICACIONES DE CARÁCTER SANITARIO Y MÉDICO LEGALES TRAS LA LEY 8/21 DE 2 DE JUNIO.

Como nos manifiestan los Médicos Forenses Julio Guija , Carmen A. García y Pedro A. García en su trabajo *“Implicaciones médico forenses en el desarrollo de la ley 8/21”, el cambio normativo introducido con la ley 8/2021, ha adaptado nuestra legislación al artículo 12.4 de la Convención, y en concreto cuando se refiere a la capacidad jurídica señala como sus elementos principales: a) respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; b) que no exista conflicto de intereses, ni influencia indebida y c) que sean proporcionales y adaptada a las circunstancias de cada persona. La reforma adoptada, supera el tradicional modelo de incapacidad judicial en la terminología empleada (incapaz, incapacitación, etc.) y sitúa la voluntad en el centro del nuevo sistema de apoyos incidiendo en la necesidad de respetar las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (1).*

Desde el punto de vista médico forense, el estudio de la voluntad y, en su caso, la influencia indebida, constituyen los ejes básicos sobre los que pronunciarse.”

Respetuosamente discrepamos con lo que afirman los prestigiosos forenses del ILMycF de Sevilla en la afirmación que efectúan a propósito de no tiene encuadre según sus palabras el informe pericial de su propio médico. Para ello lo basan en el contenido del art 62 del Código de Deontología Médica de la Organización Médico Colegial cuando dice *“ el cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada”*, y lo hacemos no sólo desde un punto de vista de interpretación legal, pues en nada excluye del informe pericial de su médico

el párrafo 3º del Art 759 de la LEC, y por tanto, y como dice el viejo aforismo latino *“ubi non distinguere, no nec distinguere debemus”*, y especialmente porque el código deontológico cuyo enorme valor profesional no discutimos, y como ya hemos dicho en otras ocasiones y en otros escritos, dicho código de deontología no es en absoluto una referencia indiscutible para una prueba procesal desde el momento en lo que se busca es el acercarse a la realidad fáctica que judicialmente corresponda analizar, que en este caso es la evidencia de una persona con discapacidad y a la que le corresponde la determinación de unas medidas de apoyo no voluntarias, donde quien mejor que el médico de cabecera y de familia por el conocimiento intenso y continuado, exprese al médico forense para que lo tenga en cuenta a los efectos que corresponda y a la propia autoridad judicial para que de modo singular pueda evaluar lo que su propio médico de familia sabe y conoce del día a día del paciente y de sus necesidades facultativas y sociales.

Al médico forense le corresponde un importantísimo papel en el asesoramiento médico-legal respecto de la valoración diagnóstica y de las principales pautas donde incardinarse las medidas de apoyo que necesita la persona en cuestión, especialmente en el ámbito psiquiátrico, pero prescindir sin más de la pericia de base del médico de familia nos parecería humildemente desacertado, antes bien al contrario, al especialista médico-legal le correspondería hasta donde ello fuere aconsejable y procedente integrar los criterios periciales de otros profesionales sanitarios que conocen previamente la realidad del paciente, con activación por estos últimos profesionales, -y como propiamente ellos señalan el detalle y la ayuda que precisa el mismo en el ámbito de su voluntad, de su cultura, de sus condicionamientos sociales, de su educación, de sus influencias y de su propio control emocional como aspectos esenciales sobre los que gira su conducta humana y sea precisa integrar o completa con específicas medidas de ayuda que judicialmente deben establecerse para el bienestar del paciente. Así pues es conocido que la demanda judicial donde se soliciten medidas de apoyo para una persona con capacidad diferente irá acompañada de todos aquellos documentos e informes médicos que se tenga por conveniente para ilustrar al juez convenientemente que medidas de apoyo resultan las más indicadas.

En el mismo sentido, y en la realidad de la promoción de la autonomía personal es el resultado de las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en discapacidad y mayores celebradas en Madrid en la Fiscalía General del Estado en septiembre del 2021 a las que han seguido otros encuentros y conclusiones. En este sentido, y en consonancia con todo lo manifestado anteriormente, en las diligencias prepro-

cesales del Ministerio Fiscal para la solicitud judicial de las medidas de apoyo para estas personas que sean necesarias, en una de estas conclusiones se establece: “En el marco de estas diligencias, tal como se exige tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, se deberán recabar informes de diferentes ámbitos: - Los informes médicos podrán ser solicitados a los facultativos que atiendan ordinariamente a la persona.

- Los informes periciales se recabarán del médico forense o del Instituto de Medicina Legal y, especialmente, de los equipos multidisciplinares allí donde se vayan constituyendo. Sus objetivos principales serán: a) La descripción de la discapacidad de carácter psíquico que le afecte. En ningún caso, el informe pericial incluirá un juicio sobre la capacidad de la persona, al haber sido suprimido el art. 200 CC, conforme al principio de igual capacidad jurídica consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. b) La especificación de los ámbitos que resultan afectados por la discapacidad de la persona, que sugieren la necesidad de apoyo en relación con el acto/actos de que se trate para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

IV.- BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Resulta estimulante que la Sala 1ª del Tribunal Supremo antes de entrar en vigor la Ley 8/21 ya se postulaba a favor de presunción de la capacidad en relación con la implantación de medidas de apoyo y en tal sentido aun perviviendo aún la tutela se inclinaba por la curatela cuando proceda la adopción de medidas de apoyo menos intensa sin necesidad de acudir a la sustitución, en un caso donde La demandada está diagnosticada de esquizofrenia paranoide, y el TS estimó en su STS de 6 de mayo del 2021 aludiendo al espíritu del Convenio de Nueva York que había que individualizar las medidas de apoyo, y en algunas solo era necesario la participación del curador y no del tutor.

Dentro del nuevo marco legal es mencionable también la STS de fecha donde expresamente se afirma: “En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad ,...” *Pues bien, no obstante a ello en este caso la persona estaba afectada de depresión y ansiedad crónica y se oponía a la implantación de unas medida de apoyo incluso de carácter judicial. Dice la Sala al respecto: “La apreciación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que se establezcan está en función de los hechos acreditados y de la motivación contenida en la sentencia acerca del impacto que la discapacidad provoca en la vida de la per-*

sona. También de la valoración acerca de si la negativa a la constitución de apoyos judiciales expresada por el propio afectado es una voluntad mediatizada por la enfermedad que padece o por su propia discapacidad, fuente de la necesidad de apoyo.... Que el sistema de provisión judicial de apoyos no requiera ningún pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona no significa que el juez no deba llevar a cabo un enjuiciamiento sobre la procedencia de establecer la medida de apoyo; en caso afirmativo, el juez debe precisar el alcance de la medida, esto es, si es asistencial, y para qué actos, y si el curador adquiere alguna facultad de representación y para qué actos.... La sentencia recurrida concede mucha importancia al diagnóstico, pero presta poca atención a cómo afectan las diversas patologías crónicas que padece la Sra. Sacramento a su funcionalidad en la vida diaria.

Y continúa expresando la sentencia “Han quedado evidenciados los problemas de salud y los problemas sociales de la Sra. Sacramento, la compleja patología física y psíquica que padece, pero no que se trate de una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justifica una medida judicial de apoyo. Así resulta del título de la propia Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal “para el apoyo a las *personas con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica”, de la mención en el art. 253 CC a la “*persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, y de lo dispuesto en la disp. adicional 4.ª que la Ley 8/2021 introduce en el Código civil y conforme a la cual la regla general, y salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, las referencias a discapacidad deben entenderse a aquella que haga precisa la provisión de *medidas de apoyo* para el ejercicio de la capacidad jurídica.

En consecuencia, estimamos los recursos por infracción procesal y de casación, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Sacramento y desestimamos la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal. Ello sin perjuicio de que, si llegara a acreditarse en un futuro su necesidad, pudieran adoptarse *medidas de apoyo* a instancia de las personas legitimadas de conformidad con la regulación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Es decir, la Sala del Tribunal Supremo estima el recurso de Casación de la señora afecta concluyendo contra el criterio del Ministerio Fiscal y de las sentencias anteriores que no ha quedado justificada de modo suficiente la necesidad de medidas de apoyo preservando la autonomía personal de la paciente.

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

La reforma legal que se articula en el plano de la expresión de la mayor autonomía personal posible es tan bienintencionada, como difícil de cumplir en la justicia española por las peculiaridades de su desarrollo en la práctica de la realidad del enorme número de personas con capacidades diferentes muchas de ellas pertenecientes a la tercera edad e internadas en centros residenciales.

Por parte del Ministerio Fiscal y de los juzgados civiles se está acometiendo un enorme esfuerzo en la adaptación concreta de la capacidad para singularizar las medidas de apoyo que necesitan las personas de modo singular, pero nos consta pese al gran trabajo que a diario se realiza en este sentido en la realidad diaria del trabajo de los jueces, fiscales, forenses y funcionarios con multitud de diligencias preprocesales incoadas, con numerosos expedientes en tramitación y cada vez mayor número de sentencias dictadas, es lo cierto que el objetivo de la ley en su pleno cumplimiento exigiría una extraordinaria dotación de plazas judiciales, fiscales, forenses y funcionariales para activar la situación de infinidad de personas que pudieran ser afectadas por una ley en esa adaptación de la voluntad personal a la realidad de su capacidad. Ojalá el Estado y todos seamos conscientes de la magnitud y proporción de tan deseables objetivos.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

José María Segura Grau

*Magistrado.
Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Sala de lo Contencioso-Administrativo.*

I. INTRODUCCIÓN.

Dice el artículo 1902 del Código Civil que *«el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*. Este artículo constituye la base de la institución de la responsabilidad extracontractual y determina la obligación de cualquier persona, física o jurídica, de indemnizar a otro los daños que éste haya sufrido como consecuencia de la conducta de aquel.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad por daños causados como consecuencia de una actuación médica o sanitaria deriva de la existencia de una mala praxis médica por parte del médico o del proveedor del servicio sanitario, que puede ser una persona física o jurídica o la propia Administración pública, como prestador del servicio público.

Mientras que la esencia de la responsabilidad patrimonial en la esfera privada se encuentra en la actuación realizada y en el grado de culpabilidad del agente, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración el foco se pone en el resultado producido, configurándose la responsabilidad como una responsabilidad objetiva. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa, esta responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra en que, si la Administración actúa en aras del interés general, en beneficio de la colectividad, si una concreta actuación genera determinados daños, lógico es considerar que éstos deben ser asumidos también por la sociedad en su conjunto.

La trascendencia del tema es tal que la misma Constitución proclama en su artículo 9.3 el principio de la responsabilidad de los poderes públicos, concretándolo luego respecto de alguna de sus manifestaciones, como en el artículo 106.2 (responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos) y 121 (responsabilidad por error judicial y por el funcionamiento de la Administración de Justicia).

Dice el art. 106.2 que *«los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

Actualmente la responsabilidad de todas las Administraciones Públicas viene regulada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 a 37. En concreto, el art. 32 de la Ley 40/2015 reproduce el citado artículo 106.2 CE con alguna variación, en los siguientes términos: *«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».*

De este artículo se deduce que las características fundamentales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas son dos:

- a) es una responsabilidad directa, lo que significa que la Administración no responde subsidiariamente; y
- b) es una responsabilidad objetiva, es decir -y a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil-, no requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad por los perjuicios causados tiene, como primera peculiaridad, la derivada de que la Medicina no es una ciencia exacta, de modo que no siempre es posible garantizar un único resultado ni que éste sea óptimo o más beneficioso para el paciente; es decir, no es posible garantizar un resultado favorable para la vida o salud del paciente, aunque éstos sean los objetivos evidentes y fundamentales de toda actuación médica.

Esta conclusión es difícil de asimilar en ocasiones. El ciudadano actual tiene un grado de tolerancia al daño o perjuicio muy bajo; su idea es la de un Estado como un mero garantizador de prestaciones. De ahí que, ante cualquier resultado desviado del que inicialmente se esperaba, y especialmente cuando la Administración ha podido intervenir en la actuación médica de algún modo, la respuesta espontánea del ciudadano medio sea la reclamación y la exigencia de una compensación. Conclusión que se hace si cabe más evidente en el ámbito sanitario, donde los resultados dañosos inciden directamente en la salud de las personas.

Este contexto ha provocado también una reacción por parte de la Administración sanitaria en general y del colectivo médico en particular, dando lugar a lo que se ha venido en llamar Medicina defensiva, y que consiste en la realización en ocasiones de forma injustificada de excesivas pruebas, diagnósticas o de otro tipo, con el fin

de evitar la imputación de mala *praxis*, bien sea por falta de pruebas suficientes, bien por la imputación de desidia o falta de atención con el paciente, bien por no agotar todas las posibilidades al alcance. Como lógicamente se desprende, concretar cuándo podemos calificar una prueba diagnóstica de suficiente o necesaria, cuándo la atención al paciente es “suficiente” o qué pruebas pueden considerarse “al alcance” del sistema sanitario, y en qué circunstancias, no siempre es fácil. Por mucho que se aprueben protocolos de actuación generales, las circunstancias concretas de cada caso pueden influir en la toma de decisiones, tanto en un sentido como en otro.

En este contexto nos movemos cuando tratamos del consentimiento informado.

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO, CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

Toda actuación sanitaria tiene una incidencia directa en los derechos fundamentales de la persona: por supuesto, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, que reconoce nuestra constitución en el art. 15, pero también el derecho a la libertad religiosa y a la libertad ideológica, recogidos en el art. 16. Todos estos derechos tienen su razón de ser en el principio referido en el art. 10: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

El consentimiento informado encuentra su fundamento en los principios de autodeterminación de la persona y el respeto a su libertad personal y de conciencia.

En el ámbito internacional, encontramos instrumentos normativos en los que se hace mención expresa al consentimiento informado:

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al referirse en su artículo 3 al derecho a la integridad de la persona, dispone expresamente la necesidad de respetar, en el marco de la Medicina y la Biología, el consentimiento libre e informado de la persona.
- El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997), que regula expresamente el consentimiento informado en su capítulo II. El art. 5 refiere: «*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento*».

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

No ocurre lo mismo con nuestro texto constitucional, que no contiene una referencia expresa al consentimiento informado. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que esta circunstancia no lo excluye de la protección constitucional a través del derecho a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el art. 15. La STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que *«el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad».*

La regulación legal del consentimiento informado la encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Como se desprende de su exposición de motivos, es preciso regular con carácter básico el conjunto de derechos que corresponden al paciente en el ámbito de sus relaciones clínico-asistenciales, como usuarias de los servicios sanitarios, y que se traduce en los derechos a la información clínica y a la autonomía individual de los pacientes. Se refuerza y se da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente, garantizando la confidencialidad de la información y regulando con profundidad todo lo relativo a la documentación clínica.

Expuesto lo anterior, es preciso concretar a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de consentimiento informado. El art. 3 de la Ley 41/2002 lo define de la siguiente forma: *«la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».*

Es decir, se trata de la facultad de todo paciente para decidir las medidas y tratamientos médicos que le pueden ser aplicados. Para ello, es presupuesto básico que el paciente reciba una correcta información al respecto por parte de los profesionales sanitarios. Por lo tanto, el libre consentimiento se encuentra íntimamente relacionado con la información sobre los riesgos que toda actividad médica puede traer consigo y las distintas alternativas que puedan aplicarse.

El Tribunal Constitucional lo explica del siguiente modo (STC 37/2011, de 28 de marzo): «*Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, §63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)*».

El art. 2 de la Ley 41/2002 recoge los principios básicos aplicables a esta manifestación de la autonomía del paciente:

- Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.
- Para la prestación libre, voluntaria y consciente del consentimiento es presupuesto previo y necesario recibir una información adecuada.
- Dicha información permite al paciente elegir entre las distintas opciones clínicas disponibles.
- El deber de información forma parte de las obligaciones propias del profesional sanitario. También es obligación del profesional respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

III. FORMA DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO.

Con frecuencia, la problemática en torno al consentimiento informado se centra en determinar si el paciente recibió la información necesaria para tomar su decisión de forma libre y voluntaria. Para ello, será preciso acreditar que se suministró la información y que esta información era la correcta y adecuada al caso concreto.

Con respecto a la forma de documentar el consentimiento, la regla general es que el consentimiento será verbal. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o

inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (arts. 4 y 8 de la Ley 41/2002).

Acreditar la existencia del consentimiento informado se convierte en muchas ocasiones en la piedra angular sobre la que gira la reclamación frente a la Administración. Podría pensarse que se trata de un problema menor, dado que sobre el papel bastaría con documentarlo por escrito, con la firma del paciente, para confirmar así que dicha información fue recepcionada y entendida por el paciente y exonerar de responsabilidad al facultativo.

A primera vista, determinar si formalmente existe un documento de “consentimiento informado” firmado por el paciente es algo relativamente sencillo: basta con examinar el expediente y confirmar la existencia de este documento. Un documento firmado por el paciente en el que se recojan los riesgos de la actuación médica garantizaría que se cumplió con la obligación estipulada.

Pero esta aparente sencillez no es tal en la práctica habitual. En primer lugar, porque el consentimiento puede ser verbal, de modo que la prueba del mismo ya no depende exclusivamente de la existencia de un documento *ad hoc*, sino de otro tipo de pruebas de valoración más subjetiva y que dependen de las circunstancias del caso (básicamente, las declaraciones de los afectados, paciente y profesional sanitario, y que en muchas ocasiones serán divergentes).

En segundo lugar, porque será preciso analizar el contenido de la información suministrada, pues la exigencia de consentimiento informado no se configura como una mera obligación de carácter formal, sino que se impone que la información dada sea suficiente, adecuada y completa, para permitir al paciente tomar su decisión con plenas garantías. Además, la información dependerá de la actuación sanitaria a realizar, pero también de otras circunstancias particulares del caso.

Por último, porque las circunstancias de cada caso pueden influir en el suministro de la información y la prestación del consentimiento (tipo de intervención, urgencia...).

Por lo tanto, el problema surge a la hora de interpretar estos conceptos y concretar cuándo puede entenderse cumplida la obligación de información, extremos que en muchas ocasiones no pueden ser fijados *a priori* y dependerán de las circunstancias de cada caso.

Los supuestos analizados por los tribunales son muy numerosos. Como hemos dicho, es difícil fijar unas pautas generales, más allá de lo ya expuesto.

En la STS, Sala III, de 7 de abril de 2011, recurso 3483/2009, se examina el caso de una paciente que, con motivo de que le fuera eliminada una verruga en la parte interna del labio mayor, fue sometida a una intervención. El resultado de la intervención no fue aceptado por la interesada, dado que se le extirpó la verruga, pero también parte del labio menor, considerando que esto supuso una lesión no contemplada ni programada de la que no había sido informada.

Se da por acreditado que no hubo consentimiento escrito, pero sí una información verbal relativa a una cirugía menor a realizar de forma ambulatoria, que la paciente conocía pues fue ella la que acudió voluntariamente a la consulta para que se la extirparan. El Tribunal Supremo considera esta información verbal como suficiente dada la poca complejidad del procedimiento (biopsia-extirpación), de manera que no entraría dentro de los supuestos donde se hace obligatorio que sea por escrito.

- En la STS, Sala III, de 13 de noviembre de 2012, recurso 5283/2011, se insiste en la idea de que la exigencia de consentimiento por escrito depende del tipo de intervención a realizar, pero aclarando que las excepciones que se recogen en la Ley no incluyen las condiciones personales del paciente. Así, en esta sentencia el Tribunal Supremo considera irrelevante la condición de médico del paciente y su relación de amistad con los médicos que le operaron para excepcionar la exigencia de consentimiento informado, y concluye que la Ley no prevé esta excepción a la regla establecida.

IV. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN.

Como decíamos, la información que debe recibir el paciente tiene una finalidad, y es permitir a éste tomar la decisión sobre la actuación médica que va a recibir de forma libre, voluntaria y consciente.

El art. 4 de la Ley 41/2002 configura el derecho de información como un derecho a ser informado, pero, también, como un derecho a no ser informado si ésta es la voluntad del paciente. Esta información incluirá *«toda la información disponible»* sobre la actuación sanitaria, con referencia a *«la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»*. En definitiva, todos los aspectos básicos de la actuación sanitaria que permitan al interesado tomar su decisión con plenitud, *«[ayudarle] a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad»*.

Esta exigencia de una información al paciente verdadera, comprensible y adecuada a sus necesidades constituye el presupuesto necesario para que el consentimiento

del paciente pueda considerarse libre, voluntario y responda a una valoración fundada de las reales opciones en cada caso.

Será necesario dejar constancia de la información en la historia clínica.

El consentimiento puede ser revocado por el paciente en cualquier momento, debiendo hacerlo por escrito.

El facultativo tiene la obligación de facilitar al paciente toda la información disponible sobre la actuación sanitaria a realizar. En concreto, como dice el art. 10 de la Ley 41/2002 deberá proporcionar la siguiente información básica:

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

Una de las cuestiones más frecuentes que se suscitan en la práctica y que son objeto de examen por los tribunales consiste en examinar qué concreta información fue facilitada al paciente, si la misma incluía los distintos riesgos de la actuación sanitaria, las alternativas existentes y la posibilidad de elección, y todo ello evitando los formularios genéricos y tratando de ajustar la misma a las específicas circunstancias del caso.

Habrá que buscar un punto intermedio y analizar los distintos factores que pueden condicionar la obligación de información y su concreto alcance.

En la STS de la Sala I de 30 de marzo de 2010, recurso 326/2006, se dice lo siguiente: *«lo relevante no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate, sea por la naturaleza misma del procedimiento, sea por el lugar o las circunstancias en que ha de llevarse a cabo, sea en fin por las condiciones personales conocidas de su destinatario».*

Haciendo un repaso de la jurisprudencia de los tribunales, pueden extraerse algunas conclusiones.

- Los riesgos que deben ser objeto de información serán todos aquellos conocidos que puedan derivar de la actuación médica, que incluye no sólo las intervenciones quirúrgicas, sino también puede extenderse a ciertos procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

La STS, Sala III, de 22 de junio de 2012, recurso 2506/2011, recuerda que *«no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.*

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento».

- La obligación de medios de la prestación sanitaria comprende tanto el deber de información como la correcta prestación de las técnicas asistenciales. La existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada (STS, Sala III, de 16 de mayo de 2012, recurso 1777/2010).
- La información sobre los riesgos de la intervención ha de comprender también la falta de medios del hospital para atender adecuadamente la intervención practicada. Es decir, la decisión del paciente exige ser informado de las posibilidades existentes en caso de que se produzcan complicaciones derivadas de la intervención.

En la STS, Sala III, de 3 de enero de 2012, recurso 7014/2010, el Tribunal Supremo examina el caso de una paciente con una patología de litiasis colédoca que es intervenida mediante una laparoscopia. Las complicaciones surgidas al realizar esta intervención no pueden ser corregidas en el hospital donde se encontraba, por lo que es trasladada a otro hospital, falleciendo finalmente. El Tribunal Supremo estima la reclamación patrimonial poniendo el acento en que la información dada al paciente debió haber incluido, además de los riesgos de la operación por laparoscopia y la posibilidad de reconducir la laparoscopia que se le practicaba a una cirugía abierta, los relativos a la falta de medios del hospital para atender adecuadamente una intervención de este tipo.

- Por lo expuesto, la información suministrada al paciente no depende de la cantidad, sino de la calidad. Es preciso que dicha información permita al paciente el libre y voluntario ejercicio de su derecho, de modo que la información debe ser suficiente, sí, pero no excesiva ni desproporcionada, hasta el punto de que pueda convertir en inútil la misma ante la avalancha de datos o información que no sea ajustada al caso, y que impida al paciente una correcta valoración del riesgo y de las alternativas existentes.

Si bien puede parecer en principio como más garantista una información lo más extensa posible, ello no puede convertirse en contraproducente para el paciente, haciendo difícil entender los verdaderos riesgos de la operación. Dicho de otro modo, una desproporcionada información no permitirá exonerar al facultativo de responsabilidad ante posibles reclamaciones posteriores.

Como dice la STS, Sala III, de 21 de diciembre de 2012, recurso 4229/2011, *«la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben».*

No es preciso que el consentimiento abarque todos los posibles resultados lesivos que pudieran derivarse de la intervención, sino los riesgos específicos de ella y los probables según el estado de la ciencia.

Tampoco lo es informar sobre riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica, o que se basan en características específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o susceptibles de una valoración médica (STS, Sala III, de 9 de octubre de 2012, recurso 6878/2010).

- Para determinar la suficiencia del consentimiento informado es irrelevante que el paciente se hubiere sometido tiempo atrás a una intervención similar.

El Tribunal Supremo examina el caso de una paciente que se somete a una segunda intervención de cataratas. En la primera intervención constaba por escrito su consentimiento, pero no en la segunda. El Tribunal Supremo señala que es preciso tener en cuenta distintos factores (la evolución de la ciencia médica, la pérdida de visión constatada del ojo izquierdo por un desprendi-

miento, la relevancia de ese hecho, el transcurso de tres años entre las dos intervenciones no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes (STS, Sala III de 3 de abril de 2012, recurso 1464/2011).

- Tampoco puede deducirse la suficiencia del consentimiento de la circunstancia de que el paciente fuera médico de profesión (STS, Sala III, de 2 de noviembre de 2011, recurso 3833/2009).
- En el análisis de la suficiencia del consentimiento informado, los tribunales destacan la necesidad de diferenciar entre los supuestos medicina curativa y satisfactiva. En los primeros no es preciso informar de aquellos riesgos que no tienen carácter típico, por no producirse con frecuencia, ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan gravedad extrema. Por el contrario, en la medicina satisfactiva, esa información debe ser más exhaustiva. La denominada medicina satisfactiva es una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. No es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional. Este hecho acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención (STS, Sala III, de 9 de octubre de 2012, recurso 6878/2010).

V. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La obligación de informar al paciente constituye parte esencial de la prestación de un servicio médico y, por tanto, es un elemento integrante de la *lex artis*, cuya ausencia determina por sí misma la infracción de aquélla, pues se entiende como manifestación de un funcionamiento anormal del servicio sanitario.

El deber de informar al paciente es un deber profesional necesario y opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual (STS Sala I de 31 de marzo de 2004).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no siempre ha sido uniforme.

En la Sala Tercera, la STS de 4 de diciembre de 2009, recurso 3629/2005, recuerda: «*Cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente, cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que, aun cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria ex artículo 139 de la Ley de Régimen*

Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o ex artículos 1902 y demás citados del Código Civil (...). Supuesto distinto al anterior, es aquél en el que, no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la lex artis, el paciente sufre una secuela previsible. En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento».

Y en la STS de 19 de mayo de 2011, recurso 5067/2006, se señala: «...la jurisprudencia ... ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado».

El incumplimiento de los deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (SSTS, Sala III, de 2 octubre 2012, recurso 3925/2011, y de 13 de noviembre de 2012, recurso 5283/2011).

La Sala Primera sigue la misma línea, por ejemplo, en la STS de 8 de septiembre de 2015, recurso 2247/2013.

En la STS de 8 de abril de 2016, recurso 2050/2014, se resumen los distintos casos posibles:

- 1) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiera variado. En estos casos no hay indemnización, aunque en ciertas circunstancias se pudiese determinar la existencia de un daño moral.
- 2) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido la de negarse a la intervención; al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado.
- 3) Por último, cuando no se da incertidumbre causal surge la teoría de la pérdida de oportunidad. En estos casos, el daño consiste en haber omitido una información previa al consentimiento y haberse materializado después un riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud.

Más recientemente, y en el marco del nuevo recurso de casación de la jurisdicción contencioso-administrativa tras la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse al respecto, clarificando su postura y confirmando la idea de que la falta de consentimiento informado constituye una infracción autónoma que, por sí misma, puede generar un daño moral.

Es preciso detenerse en el análisis de esta importante sentencia, de 4 de febrero de 2021, recurso 3935/2019.

El caso analizado se refiere a un paciente que es intervenido quirúrgicamente de una hernia lumbar. Firmó un consentimiento informado en el que, entre los riesgos y complicaciones posibles, no se incluía la infección por *staphilococo aureus*. Después de la primera intervención, se produce una infección por esta bacteria, que obliga a intervenirle en dos ocasiones más. El paciente, finalmente, fallece un año después de la intervención.

El Tribunal Supremo, después de exponer la normativa y jurisprudencia sobre la materia, estudia qué riesgos deben ser incluidos en el consentimiento informado y, en concreto, analiza el caso de los riesgos derivados de infecciones hospitalarias, que se producen en el día a día de los hospitales con relativa frecuencia. Así, señala que la infección hospitalaria o nosocomial se ha considerado siempre una complicación previsible y evitable, que en algunos casos puede resultar inevitable pero que por ello deben extremarse las medidas precautorias. Por esta razón, no puede privarse al paciente de la adecuada información al respecto, que le permita decidir fundamentadamente sobre la prestación de su consentimiento, en el ejercicio del derecho a la autonomía del paciente.

Es decir, el hecho de que una infección como la descrita sea un riesgo posible y asociado a cualquier estancia hospitalaria, no exime al hospital de informar sobre este extremo, pues sólo así podrá el paciente decidir con plenitud y autonomía sobre la intervención médica.

Por ello, no es aceptable la tesis de la Administración de que no es preciso informar sobre la infección hospitalaria porque ésta no constituye un riesgo de la intervención quirúrgica en sí, sino un riesgo asociado a la propia estancia hospitalaria. Como dice el Alto Tribunal, esta estancia hospitalaria responde a la concreta asistencia sanitaria que se solicita por el paciente y se presta por la Administración sanitaria, que responde de las consecuencias lesivas que el interesado no tenga el deber de soportar.

Por lo tanto, su inclusión en el consentimiento informado no puede considerarse una exigencia de información innecesaria o irrelevante, sino todo lo contrario.

A partir de esta conclusión, el Tribunal Supremo confirma la idea de que la ausencia de tal información supone una infracción de la *lex artis*, determinante de la correspondiente indemnización. Esta infracción tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria. Se trata de una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico, en cuanto supone la privación al paciente de la capacidad de decidir fundadamente.

En este caso concreto, el daño indemnizable -el fallecimiento del paciente- deriva directamente de la infección sobre cuyo riesgo no había sido informado aquel.

VI. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN.

A la hora de fijar la correspondiente indemnización, su cuantificación se hace en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente, de haber conocido el riesgo, no se hubiera sometido al tratamiento, debiendo tener en cuenta también otros factores como el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad del proceso patológico, las alteraciones terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica y su carácter preferente o no.

Se trata de una cuestión enormemente casuística y de marcado carácter subjetivo, como recuerda el Tribunal Supremo. En la anteriormente citada STS, Sala III, de 13 de noviembre de 2012, recurso 5283/2011, subraya el Alto Tribunal que las indemnizaciones por falta de información causantes de daño moral fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, pero no siempre sucede así.

A modo de ejemplo, la STSJ de Extremadura de 27 de abril de 2023, recurso 35/2023, fija una indemnización de 12.000 euros por el daño derivado de la complicación de una intervención quirúrgica sobre la que no había sido informado el paciente.

En la STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2017, recurso 129/2017, el tribunal fija la indemnización en 40.000 euros por falta de información al realizar una angiografía y no plantear la posibilidad de cirugía.

Por último, en la STSJ de Extremadura de 15 de enero de 2013, recurso 282/2012, se fija una indemnización de 15.000 euros por la falta de consentimiento informado

en sucesivas intervenciones realizadas al paciente para corregir los efectos negativos derivados de su primera intervención para corregir una hernia inguinal.

EL MÉDICO ANTE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN MENORES DE EDAD

Mariano Casado Blanco

*Especialista en Medicina Legal Forense.
Secretario del Colegio de Médicos de Badajoz.*

I.- INTRODUCCIÓN.

Agradezco al Dr. Hidalgo, como Presidente del Colegio de Médicos de la provincia de Badajoz, el primer lugar la invitación que me hace para participar en este libro, y en segundo lugar felicitarle por la magnífica idea que, desde hace ya varios años, viene realizando en favor de todo lo relacionado con el Derecho Sanitario y con la Medicina Legal, y que con un extenso listado de publicaciones son un medio importante de ayuda al ámbito legal de la actividad profesional del médico.

Como el título de este libro permite hacer referencia a diversas cuestiones, trataré de reflexionar sobre un tema que genera gran debate profesional, tanto médico como legal, y que por diversas circunstancias no está regulado de manera equitativa ni proporcional en todo el Estado español.

Muchas han sido las opiniones al respecto e igualmente muchas han sido las voces que vienen reclamando la necesidad de una regulación legal sobre los cuidados paliativos.

Si la situación es la que es, mucho más acrecentada se encuentra en el ámbito asistencial de los menores de edad.

Comenzaremos indicando que la Medicina Paliativa, fue definida de forma muy coherente por el Subcomité de Cuidados Paliativos del Programa Europa contra el Cáncer como: *“La atención total, activa y continuada de los pacientes y sus familias por un equipo interdisciplinar cuando la expectativa no es la curación. La meta fundamental es la calidad de vida del paciente y su familia sin intentar alargar la supervivencia. Debe cubrir las necesidades físicas, psicológicas, sociales y espirituales de los pacientes y de sus familiares. Si es necesario el apoyo debe incluir el proceso del duelo”*. Y aunque esta definición partía del ámbito de las enfermedades del cáncer, hay que tener presente que, aunque la cultura general e incluso la médica lo asocian con el cáncer terminal, los pacientes que pueden necesitar este tipo de atención paliativa presentan patologías muy diversas, generalmente enfermedades neurológicas, neurodegenerativas, malformaciones congénitas..., aunque generalmente con un diagnóstico de procesos incurables.

Las decisiones al final de la vida en menores de edad con enfermedad terminal son particularmente complejas y difíciles, tanto para los profesionales involucrados como para los padres de estos pacientes.

Las alternativas al final de la vida no se pueden reducir de manera casi exclusiva a la aceptación o no de la eutanasia, sino que se hace necesario el plantearse un

conjunto de medidas destinadas a aliviar el sufrimiento con un enfoque holístico y no limitado al dolor físico. (Beca J. y col. 2014) Consecuentemente, lo primero será adecuar los tratamientos que no logran un objetivo terapéutico y que son, por lo tanto, fútiles o desproporcionados, con lo cual claramente se acepta o permite la muerte sin buscar producirla. (Hernando P. y cols. 2012)

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN MENORES DE EDAD.

Los niños presentan características diferentes a los adultos, por tanto, la aproximación de los cuidados paliativos (CP) a estos pacientes también debe ser diferente (Goldman A.1998). El principal objetivo es aliviar el sufrimiento del niño y su familia mediante un adecuado control de síntomas, apoyo psicológico, social, espiritual y preparación para la muerte y el duelo.

Con respecto a los *Cuidados Paliativos para los niños*, en el año 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) precisó que se trataba del “*cuidado integral*” de los pacientes cuya enfermedad no responde al tratamiento curativo. Y fueron introducidos en respuesta al tratamiento inadecuado e incompleto que recibían los niños y sus familias al enfrentar enfermedades que limitan o amenazan la vida.

La propia la Organización Mundial de la Salud, consideró que estos consisten en el cuidado total activo del cuerpo, la mente y el espíritu del niño y en la prestación de apoyo a la familia, de ahí que la propia Organización los defina como: “*un abordaje centrado en la calidad de vida tanto de los pacientes como de sus familiares frente a los problemas asociados a la enfermedad que ponen en riesgo la vida. Esta actuación busca la prevención y el alivio del sufrimiento, a través de reconocimientos precoces, de un alivio preciso y con criterio y del dolor y tratamiento de este y de otros síntomas, sean de naturaleza física, psicosocial o espiritual*”¹.

En relación a los cuidados paliativos para los menores portadores de enfermedades crónicas y de sus familias, la OMS enfatiza en que debe ser ofrecido “*un cuidado activo total para el cuerpo, mente y espíritu, así como el apoyo para la familia. Debe ser iniciado cuando la enfermedad crónica es diagnosticada, e incrementada a medida que el cuadro progresa siendo concomitante con el tratamiento activo. Los*

1 World Health Organization. WHO definition of palliative care. [Consultado 20 de agosto de 2020]. Available from: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>

profesionales de la salud deben aliviar el estrés físico, psíquico y social de los menores, exigiendo un abordaje multidisciplinar que incluya a la familia e incluya la utilización de los recursos disponibles en la comunidad”.

En España, en el año 1992, se fundó la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL)², en aquel entonces formada por algo más de 300 profesionales procedentes de diferentes especialidades y ámbitos de atención. Entre sus objetivos se marcaba la promoción de la buena calidad de atención de los enfermos terminales, la docencia de los profesionales, la investigación y la ayuda y asesoramiento a la administración para el desarrollo y la implementación de Cuidados Paliativos en nuestro país. (Villegas Rubio J.A, y col., 2012)

Volviendo a la definición de la OMS del año 1990, y como alternativa a la misma, en el año 1993, el *Children’s Hospice Internacional* introdujo un nuevo concepto en los Cuidados Paliativos: *“Administrar tratamiento curativo y paliativo simultáneamente, facilitando junto al tratamiento indispensable para controlar su enfermedad, la terapia de apoyo necesaria para poder sobrellevarla lo mejor posible”*. De esta manera, los cuidados paliativos no resultaban excluyentes y se trataba de evitar por todos los medios, el hacer una distinción rígida entre tratamiento curativo y paliativo. (Martino Alba R, y cols. 2014).

En 1993 el *Children’s Hospice Internacional*³ introdujo un nuevo modelo como alternativa⁴. Trataba de iniciar de forma simultánea el tratamiento curativo y paliativo (no siendo un modelo excluyente), de forma que junto al tratamiento necesario para su enfermedad de base se asociaban tratamientos de soporte que permitían al paciente una mejor tolerancia al tratamiento y una mejoría en la calidad de vida, evitando hacer una distinción rígida entre los distintos tratamientos curativos y paliativos. A su vez, en ese momento se incluyó, dentro de los CPP, el

2 SECPAL, es una asociación de profesionales interdisciplinar, entre cuyos objetivos destacan los de la promoción de una buena calidad de atención de los enfermos terminales, la docencia de los profesionales, la investigación y la ayuda y asesoramiento a la Administración para el desarrollo y la implementación de los Cuidados Paliativos en nuestro país. Fue fundada en enero de 1992 con miembros, procedentes de diferentes especialidades y ámbitos de atención, y con diferentes profesiones sanitarias.

3 Children International, fundada en 1936, es una organización humanitaria sin ánimo de lucro cuya misión es “producir un cambio real y duradero en las vidas de los niños que viven en la pobreza”.

4 CHI (Children’s Hospice International). Standards of hospice care for children. *Pediatr Nurs* 1993;19:242-3

seguimiento de la familia, tratando de prolongarlo hasta terminar el duelo. (Villegas Rubio J.A. 2010)

Años más tarde, la propia OMS, en 1998, siguió insistiendo en que la meta principal de los Cuidados Paliativos en Pediatría⁵, debía ser el lograr la máxima calidad de vida para el paciente y para su familia. Además, consideró imprescindible el control del dolor y de los síntomas acompañantes, ocasionados no sólo por la enfermedad en sí misma, sino también por los problemas psicológicos o sociales coadyuvantes. Desde aquel entonces se recomienda administrar junto al tratamiento curativo, terapias complementarias para un tratamiento holístico del niño y de su familia. Aunque igualmente se indicaba que estos Cuidados deben iniciarse cuando se diagnostica la gravedad de la enfermedad, y que se debería proseguir con ellos, independientemente de que el niño reciba o no, terapia encaminada a la posible curación.

La OMS⁶, en 1998, en su publicación *Cancer pain relief and palliative care in children* considera que: “[...] el control del dolor, de otros síntomas y de problemas psicológicos y sociales, es primordial. La meta de los cuidados paliativos es el logro de la máxima calidad de vida para los pacientes y sus familias. Muchos aspectos de los cuidados paliativos también se pueden aplicar durante el curso de la enfermedad junto con el tratamiento curativo. El tratamiento paliativo es el tratamiento activo y total del cuerpo, la mente y el espíritu del niño, e implica también prestar apoyo a su familia. Comienza cuando se diagnostica el cáncer, y prosigue con independencia de que el niño reciba o no terapia dirigida a la enfermedad.

Para ser eficaz, el tratamiento paliativo requiere un planteamiento multidisciplinario y amplio, que incluya a la familia y haga uso de los recursos disponibles en la comunidad.

5 Los Cuidados Paliativos Pediátricos consisten en la atención activa de las necesidades físicas, psicológicas, sociales y espirituales del niño con enfermedad incurable y apoyo a su familia. Se inician en el momento del diagnóstico de la enfermedad, continúan durante toda la vida del niño, independientemente de que reciba tratamiento específico para su enfermedad, y se mantienen durante el proceso de duelo (apoyo a la familia). Precisan el trabajo coordinado de diferentes especialistas (pediatras, psicólogos, trabajadores sociales...), así como la adecuada gestión de los recursos sanitarios y sociales. Tienen como objetivo velar por el mejor interés del niño y proteger sus derechos. (Ortiz San Román L, Martino Alba RJ. Enfoque paliativo en Pediatría. *Pediatr Integral* 2016; XX (2): 131.e1-131.e)

6 WHO. *Cancer pain relief and palliative care in children*. Genève: WHO, 1998

Los esfuerzos de éstas y otras instituciones han tenido como resultado la creación de unos principios universales de los cuidados paliativos pediátricos, cuya difusión y puesta en práctica mejorarían de manera considerable la calidad de vida de muchos niños y sus familias y la calidad de la atención sanitaria en Pediatría.

De forma similar, la *Academia Americana de Pediatría*,⁷ en el año 2000, propuso un modelo integral de Cuidados Paliativos Pediátricos, donde igualmente se recomendaba el inicio de estos en el momento del diagnóstico y que se continuarían a lo largo de la enfermedad, con independencia del resultado previsto, ya fuese el de probable curación o la muerte del niño.

La *American Academy of Pediatrics* (AAP) defiende un modelo integrado de cuidados paliativos pediátricos en el que los componentes de los cuidados paliativos se ofrecen en el diagnóstico y continúan a lo largo del curso de la enfermedad, sea el resultado la cura o la muerte del niño. Para ello, se basan en el modelo propuesto por Frager (Frager G. 1996) según el cual, más que adoptar la perspectiva tradicional de cuidados paliativos (en la cual el término paliar vendría a significar “aliviar sin curar”) se adopta un modelo más amplio y clínicamente útil en el que paliar significa aliviar, mitigar los síntomas físicos, psicológicos, sociales y espirituales. El diálogo con los padres sobre las intervenciones propuestas se centra en los potenciales riesgos y beneficios de estas intervenciones, ya que los padres casi siempre elegirán las intervenciones, aunque la posibilidad de recuperación sea prácticamente nula.

Por su parte, la *Association for Children with Life-threatening or Terminal Conditions and their Families* (ACT) propone cuatro categorías de niños que requieren cuidados paliativos⁸:

-
- 7 La American Academy of Pediatrics (AAP) fue fundada en junio de 1930 por 35 pediatras que se reunieron en Detroit en respuesta a la necesidad de un foro pediátrico independiente para abordar las necesidades de los niños. Cuando la AAP se estableció, la idea de que los niños tienen necesidades médicas y de desarrollo especiales era una novedad. Las prácticas médicas preventivas ahora están asociadas con el cuidado infantil; como inmunizaciones y exámenes médicos regulares, apenas empezaban a cambiar la costumbre de tratar a los niños como “adultos en miniatura”.
 - 8 Se entiende como niño susceptible de cuidados paliativos aquel que sufre de una enfermedad o condición de salud que limita su tiempo de vida. Una enfermedad que limita, esto se define como una situación en la que la muerte prematura es usual, aunque no necesariamente inminente. Para definir de forma objetiva qué niños se beneficiarían de un enfoque paliativo es útil la clasificación de la “Association for children with life threatening conditions and their families” (ACT), *ImpaCct: Estándares para Cuidados Paliativos Pediátricos en Europa*. Eur Assoc Palliat Care. 2007;14:109-14

- Grupo 1: niños cuyo tratamiento curativo es posible y cuya enfermedad amenaza su vida, deben acceder a los cuidados paliativos si el tratamiento fracasa. Los niños con cáncer forman parte de este grupo, siendo el mismo el más numeroso, aunque también se incluyen a los pacientes con cardiopatías severas operables o Insuficiencia renal crónica.
- Grupo 2: niños cuya muerte prematura es inevitable, pero cuyo tratamiento va dirigido a prolongar la vida y darle la posibilidad de realizar actividades normales en su vida, ejemplo es los niños afectados con fibrosis quística, VIH/SIDA, distrofias musculares.
- Grupo 3: niños sin opciones de tratamiento curativo, siendo el mismo paliativo exclusivamente, y puede prolongarse durante años. Como ejemplo la atrofia muscular espinal, Encefalopatías progresivas (Adrenoleucodistrofia, Mucopolisacaridosis...).
- Grupo 4: niños en situación irreversible no progresiva, complicación que producen muerte prematura, además requieren de complejos cuidados sanitarios. Los casos de parálisis cerebral severa, síndromes poliformativos y secuelas tras daño cerebral adquirido.

En el año 2002, y como bien se sabe, fue aprobada la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*, que incide en muchos aspectos que tienen relación con la dignidad de la persona, la autonomía y el derecho a la información y de aplicación para los Cuidados Paliativos.

Del mismo modo y de especial interés son las *Recomendaciones específicas sobre los cuidados paliativos del Consejo de Europa*. Así en la *Recomendación 1418 (1999)*⁹ se apoya la definición de los Cuidados Paliativos como un derecho y una prestación más de la asistencia sanitaria, y, por otro, la *Recomendación 24, del año 2003*, sobre

9 Recomendación 1418/1999 de la Asamblea Parlamentaria sobre Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos instaba a los Estados miembros del Consejo de Europa a respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales y en la resolución adoptada el 29 de Enero de 2009 por el Consejo de Europa se considera los cuidados paliativos como un componente esencial de la atención sanitaria basada en un concepto humano de dignidad, autonomía, derechos humanos, derechos de los pacientes y una percepción generalmente reconocida de solidaridad y cohesión social.

la organización de los mismos¹⁰, las cuales resultaron ser de gran importancia ya que tuvieron su reflejo en España, y así en 1999, el Pleno del Senado, en su sesión de 14 de septiembre, aprobó una moción instando al Gobierno a elaborar un Plan Nacional de Cuidados Paliativos.

Ya en el año 2001, y tras su aprobación por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 2000, fue publicado el documento Bases para su desarrollo. Plan Nacional de Cuidados Paliativos¹¹. Este instaba a las Comunidades Autónomas a desarrollar las recomendaciones que contenía; sin embargo, la puesta en marcha de medidas fue muy desigual hasta el año 2003 en que el Gobierno elaboró la *“Ley de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de Salud”*¹² con el fin de garantizar la equidad. Desde ese momento la atención al paciente en situación terminal quedaba garantizada como una de las prestaciones

-
- 10 Recomendación Rec (2003) 24 del Comité de Ministros de los estados miembros sobre organización de cuidados paliativos. Recomendaciones a los estados miembros en materia de cuidados paliativos adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de noviembre de 2003 en la 860ª Reunión de Representantes Ministeriales.
 - 11 Indicando que las personas en situación terminal tienen necesidades específicas que incluyen la correcta valoración y tratamiento de su sintomatología (dolor, náuseas, constipación, disnea, etc.), el abordaje de la ansiedad, la verdadera comunicación con el enfermo y sobre la enfermedad y, más aún, el soporte e información adecuado a la familia. Para todo ello, es necesario que el Sistema Nacional de Salud tenga en cuenta estos aspectos y que se organice para poder hacer frente a estos nuevos retos asistenciales. La mejora de la atención de estos enfermos en fase avanzada y terminal, que se identifica con los cuidados paliativos, es un elemento cualitativo esencial del sistema de salud, debiéndose garantizar su adecuado desarrollo en cualquier lugar, circunstancia o situación, basándose en los principios de equidad y cobertura de nuestra red sanitaria. Para obtener éxito en la aplicación de estos cuidados hará falta combinar dos tipos de estrategias: en primer lugar, la formación básica en cuidados paliativos de todos los profesionales sanitarios y, en segundo lugar, el desarrollo de programas específicos de cuidados paliativos con profesionales capacitados y posibilidad de intervención en todos los niveles asistenciales.
 - 12 El Congreso de los Diputados del día 14 de mayo de 2003 aprobó la Ley de Cohesión y Calidad que complementa la Ley General de Sanidad en los aspectos de coordinación y cooperación entre las CCAA y la Administración General del Estado. Tiene dos propósitos fundamentales: garantizar la cohesión entre los Servicios de Salud de un Sistema descentralizado y facilitar su modernización. Para plasmar el segundo objetivo en el título de dicha Ley se ha utilizado la palabra calidad, por entender que es el objetivo de la modernización del sistema sanitario. La Ley de Cohesión y Calidad es el marco que define el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud para los próximos años. La actualización y modernización del Sistema Nacional de la Salud es una necesidad para garantizar que el sistema público se adapta a las necesidades de los ciudadanos.

básicas para todos los ciudadanos españoles y donde se hacía especial referencia a la atención paliativa del paciente en situación avanzada como una prestación de Atención Primaria y Atención Especializada (Minatel M., y cols. 2012), por lo que desde ese momento la atención al paciente en situación terminal quedaba garantizada como una de las prestaciones básicas para todos los ciudadanos españoles.

A raíz de que el Ministerio de Sanidad publicara en 2001 el documento de Bases para el desarrollo del Plan Nacional de Cuidados Paliativos, este tuvo su culminación en 2007 con la publicación de la Estrategia Nacional de Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud (SNS), verdadero compromiso de consenso entre el Ministerio y las comunidades autónomas (CCAA), las sociedades científicas y las asociaciones ciudadanas, para impulsar en todo el Estado una estrategia que garantice la atención a las personas en la fase final de la vida y sus familias, sin discriminación territorial, ni de género, raza o condición social.

Consecuencia de lo anterior y esencialmente durante la última década se ha apreciado un aumento sustancial en la visibilidad de la necesidad de los Cuidados Paliativos en general y de los pediátricos en particular. Es evidente que cada vez son más los profesionales sanitarios preocupados e involucrados, aunque su actividad sigue centrándose, en la mayoría de los casos, en el ámbito hospitalario. Queda, por tanto, seguir creciendo y desarrollar y/o potenciar a nivel nacional una red consistente de cuidados paliativos domiciliarios.

Además, un aspecto determinante en la concepción de los *cuidados paliativos pediátricos* y que resulta muy importante tener presente, es que los menores tienen numerosas diferencias en relación a los adultos, entre las que se pueden citar:

- a) Presentan enfermedades diferentes, peculiares a cada franja etaria y, consecuentemente con necesidades específicas.
- b) La gran dependencia afectiva añadida a una personalidad aún inmadura para poder enfrentar las consecuencias de una grave enfermedad.
- c) Los mecanismos fisiológicos de compensación aún en fase de desarrollo.
- d) La forma variable de tratar el dolor y la ansiedad.
- e) Las necesidades metabólicas y farmacocinéticas específicas en cada estadio de desarrollo, entre otras.

Por tanto, la utilización de las mismas directivas de cuidados paliativos que se diseñan para adultos resulta inaplicables y además tampoco atienden a las necesidades pediátricas¹³. (Vadeboncoeur CM, et al. 2010)

Desde el punto de vista asistencial, en España, fue en el año 1984 cuando se inició el primer programa de CP en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla¹⁴, en el seno del Servicio de Oncología Médica. Esta iniciativa tiene réplicas en otros focos que son los pioneros de los cuidados paliativos en España. En cuanto a los cuidados paliativos pediátricos, se puede indicar que las primeras unidades que comenzaron su funcionamiento, fueron la del Hospital Sant Joan de Deús de Barcelona en 1991. Posteriormente, en 1997 la unidad el Hospital Materno Infantil de Las Palmas “El Sabinal”, bajo la dirección del Dr. Gómez Sancho¹⁵, y posteriormente en 2008 la del Hospital Niño de Jesús de Madrid y en el 2013 la de Espases (Mallorca) y a partir de ahí un listado más o menos extenso y con diferentes resultados.

Además, en los últimos años las Comunidades Autónomas han desarrollado planes de Cuidados Paliativos y poseen diferentes recursos que en su mayoría están encaminados a la atención de la población adulta. Según fuentes de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos solamente se contabilizan un total de 9 recursos asistenciales en toda España. (Doblado Valderrama R, y cols. 2016)

Y para finalizar este somero repaso histórico y en cuanto a la controversia que actualmente se plantea en nuestra sociedad en relación a la regulación y legislación de la eutanasia, es interesante recordar cómo en mayo de 2014, el Comité de

13 American Academy of Pediatrics. Committee on Bioethics and Committee on Hospital Care. Palliative care for children. *Pediatrics*. 2000;106(2 Pt 1):351-7.

14 La historia de la Fundación Marqués de Valdecilla (1928), puede resumirse en tres etapas: primero, el origen, la Fundación Casa de Salud Valdecilla, Fundación benéfica de carácter sanitario con dos subetapas: la familiar y la institucional; segundo, la Fundación Pública de Servicios Hospitalarios y Asistenciales (1969), Por último, una tercera etapa a partir del año 1998, cuando la fundación pasa a denominarse Fundación Marqués de Valdecilla dependiente ya de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria y que concluye con su inscripción el 17 de abril de 2019 en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

15 El doctor Marcos Gómez Sancho es especialista en Anestesiología y Reanimación por la Universidad de Sevilla y doctor en Medicina por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Ha impartido más de 1.200 conferencias en Europa y América y es autor de más de 25 libros relacionados con los cuidados paliativos. Es, además, director de la Maestría Internacional de Cuidados Paliativos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Premio Nacional “V de Vida” 2013 de la Asociación Española contra el Cáncer y Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo.

Bioética de la Asociación Española de Pediatría (AEP) publicó un comentario frente al debate abierto en Bélgica sobre la eutanasia en menores¹⁶. Afirmaba que, le resultaba imprescindible:

- Continuar implantando unidades de cuidados paliativos pediátricos.
- Mejorar la formación en Bioética de los pediatras.
- Fomentar el uso correcto del lenguaje y en concreto del término eutanasia, tanto por los medios de comunicación como por los propios profesionales para rechazar términos que sólo llevan a confusión. Por ejemplo, diferenciando eutanasia de “limitación del esfuerzo terapéutico”.

REGULACIÓN ESTATAL

Aunque sea de forma muy resumida sí parece interesante hacer referencia a la legislación española en la que de una u otra manera se hace referencia a los *Cuidados Paliativos*.

- *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*. Como ya se ha indicado en otra parte de este Trabajo, esta Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución. En esta ley se regulaba la creación del Sistema Nacional de Salud e igualmente se establecía la atención a la salud de una manera integral y con altos niveles de calidad.

Declaraba que el acceso a las prestaciones sanitarias debe efectuarse en condiciones de igualdad efectiva y que las políticas en salud deben orientarse a la superación de las desigualdades territoriales y sociales. Estos mandatos fueron completados posteriormente en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, a través del establecimiento del marco legal que debe presidir la coordinación y cooperación de las administraciones públicas sanitarias, en aras a garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud.

- *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y*

16 (<https://www.aeped.es/comite-bioetica/noticias/comentario-comite-bioetica-aep-frente-al-debate-abierto-en-belgica-sobre-eu> [acceso el 24 de agosto de 2020])

documentación clínica. En ella se recogen diversos aspectos que enlazan con la dignidad de la persona en su interacción con el sistema de salud como son: el respeto a la autonomía, el derecho a la información y documentación clínica, el consentimiento del paciente, etc. sin distinción en función de la fase de la enfermedad.

- *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud.*¹⁷ Esta ley contemplaba la atención paliativa a enfermos terminales comprendida, de forma expresa, entre las prestaciones de atención primaria y especializada. En el primero de los casos con el nivel básico de atención que garantiza la continuidad y globalidad de la misma, actuando como gestor de casos y regulador de flujos.
- *Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud*¹⁸ y el procedimiento para su actualización. Dentro del ámbito de la atención primaria recoge como servicio la atención paliativa a enfermos terminales como la atención integral, individualizada y continuada de personas con enfermedad en situación avanzada, no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada, en general, inferior a 6 meses, así como de las personas a ellas vinculadas. Su objetivo terapéutico es la mejora de su calidad de vida, con respeto a su sistema de creencias, preferencias y valores. Esta atención, especialmente humanizada y

17 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 128, de 29/05/2003. En su artículo 1 se establece el objeto de la Ley, indicando que este es el establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud.

18 Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2006. La Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. Contiene los servicios básicos y comunes, necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Y debe garantizar la atención integral y la continuidad de la asistencia prestada a los usuarios, independientemente del nivel asistencial en el que se les atiende en cada momento.

personalizada, se presta en el domicilio del paciente o en el centro sanitario, si fuera preciso, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad asistencial y la coordinación con otros recursos y de acuerdo con los protocolos establecidos por el correspondiente servicio de salud. En la cartera de servicios comunes de Atención Especializada también se incluye la atención paliativa a enfermos terminales.

Con ello, el 14 de marzo de 2007, fue aprobada por unanimidad, la Estrategia en Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud, en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹⁹, refrendando el trabajo de consenso entre representantes institucionales y expertos de distintos ámbitos relacionados con la atención en el periodo final de la vida. La mencionada Estrategia ha sido asumida por todas las Comunidades y justifica y guía las actividades a desarrollar.

Al mismo tiempo se ha ido aprobando un amplio listado de normativa autonómica más bien dispersa que incluye dentro de su ámbito de aplicación lo que pudiera definirse como *“decisiones al final de la vida”*, y que en cierta manera podría plantearse la necesidad de establecer una regulación específica de ámbito nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Beca J. Leiva A. ¿Podría ser aceptable la eutanasia infantil? Rev Chil Pediatr 2014; 85 (5): 608-612.

19 El Ministerio de Salud y Consumo, publicó en 2001 las bases para el desarrollo del Plan Nacional de Cuidados paliativos y en junio de 2007, presentó la Estrategia Nacional de Cuidados Paliativos. Dichos documentos, han ayudado al desarrollo posterior de planes específicos de Cuidados Paliativos en las diferentes CCAA. La Estrategia en Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud, aprobada por unanimidad en el Consejo Interterritorial el 14 de marzo de 2007, recuerda que los CP tienen como objetivo fundamental aliviar el sufrimiento y mejorar en lo posible la calidad de vida de estos pacientes que sufren una enfermedad avanzada y terminal, y establece como líneas estratégicas la atención integral, la organización y coordinación, la autonomía del paciente, la formación y la investigación en CP. La Estrategia en Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud trabaja en la mejora de la calidad de la atención prestada a los pacientes en situación avanzada y terminal y a sus familiares, promoviendo la respuesta integral e integrada, multidisciplinar, equitativa y universal del sistema sanitario a sus necesidades y respetando su autonomía y valores.

- Doblado Valderrama R, Herrera Molina E, Librada Flores S, Lucas Díaz MA, Muñoz Mayorga I, Rodríguez Álvarez Z. Directorio de Recursos de Cuidados Paliativos en España. Vol. 8, Monografía SECPAL. 2016. 282-289 p
- Hernando P, Diestre G, Baigorri F: De la limitación de esfuerzo terapéutico a la adecuación del esfuerzo terapéutico. En Beca JP y Astete C. Bioética Clínica. Editorial Mediterráneo, Santiago, Chile 2012; pp 397- 405.
- Frager G. Pediatric palliative care: building the model, bridging the gaps. J Palliat Care 1996;12:9-12
- Goldman A. ABC of palliative care. Specials problems of children. BMJ. 1998;316:49-52.
- Martino Alba R, Catalá del Palacio E, Hernández García P, Muñoz Mellado A, Navarro Vilarrubí S, Palomares Delgado S, et al. Cuidados Paliativos Pediátricos en el Sistema Nacional de Salud: Criterios de atención [Internet]. [consultado 24 de agosto de 2020]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; 2014. Disponible en: http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/01-Cuidados_Paliativos_Pediatricos_SNS.pdf
- Minatel M de los Á, Cullen CM, Ponce LU, Peris LG, Gough N. Enfermería y cuidados paliativos en Latinoamérica, España y el Reino Unido. En: Enfermería en cuidados paliativos y al final de la vida, 2012, ISBN 978-84-8086-754-2, págs 43-54. Elsevier; 2012. p. 43-54
- Vadeboncoeur CM, Splinter WM, Rattray M, Johnston DL, Coulumbe L. A paediatric palliative care programme in development: trends in referral and location of death. Arch Dis Child. 2010;95(9):686-9.
- Villegas Rubio J.A, Antuña García MJ. Cuidados Paliativos Pediátricos. Bol Pediatr 2012; 52: 131-145

EL MÉDICO Y LA SALUD LABORAL

Manuel Fernández Chavero

Médico Especialista en Medicina del Trabajo.

I. DEFINICIONES

LA SALUD LABORAL es, según la definición de la OMS, *“una actividad multidisciplinaria que promueve y protege la salud de los trabajadores. Esta disciplina busca controlar los accidentes y las enfermedades mediante la reducción de las condiciones de riesgo”*.

En el Tratado de Medicina del Trabajo del Catedrático de Toxicología D. Fernando Gil Hernández se define el Concepto de Salud Laboral como sigue: *“La Salud Laboral, entendida como sinónimo de prevención de riesgos laborales o salud y seguridad en el trabajo y no de medicina del trabajo, se ocupa de todos los aspectos que intervienen en el binomio trabajo / salud de mutua interdependencia, en donde las condiciones de trabajo claramente influyen en la salud del trabajador y, al mismo tiempo, el trabajo se ve afectado por el nivel de salud de dicho trabajador”*.

En el año 1950, el Comité mixto de la Organización Internacional del Trabajo y la OMS definió la Salud Laboral como *«la actividad que tiene como finalidad fomentar y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las profesiones, prevenir todo daño a la salud de estos por las condiciones de su trabajo, protegerlos en su empleo contra los riesgos para la salud y colocar y mantener al trabajador en un empleo que convenga a sus aptitudes psicológicas y fisiológicas. En suma, adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su trabajo»*

Está constituida por cuatro especialidades:

Seguridad en el Trabajo. Se define como un conjunto de técnicas y procedimientos orientados a prevenir y proteger a los trabajadores. La empresa tiene que establecer una serie de normas que garanticen que sus empleados desarrollen el trabajo de manera óptima. La prioridad de la seguridad en el trabajo es evitar los accidentes laborales, especialmente aquellos que impliquen víctimas mortales o graves.

Por lo tanto, la seguridad en el trabajo trata de reducir los riesgos que perjudiquen la salud de los asalariados. El empresario tiene la obligación de garantizar que la plantilla cuente con unas condiciones de trabajo seguras y, además, está obligado a informar y formar a los trabajadores de los riesgos inherentes a su puesto.

Higiene Industrial. Se trata de una disciplina preventiva cuyo objetivo se centra en evitar la aparición de enfermedades profesionales, es decir, consiste en reconocer, evaluar y controlar los agentes contaminantes o tóxicos (químicos, físicos o biológicos) a los que están expuestas las personas en sus puestos de trabajo.

Ergonomía y Psicosociología Aplicada: La ergonomía es una disciplina que estudia la adaptación del puesto de trabajo al trabajador para evitar enfermedades profesionales. La ergonomía estudia el confort térmico, calidad del aire, carga de trabajo y fatiga, entre otros.

La psicología aplicada, por su parte, es una rama de la Psicología que trata de identificar, analizar y reducir los riesgos laborales derivados de las características físicas del trabajo y de las características más “psicológicas” de este (burnout, estrés).

Medicina del Trabajo: Ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como: *“La especialidad médica que, actuando aislada o comunitariamente, estudia los medios preventivos para conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores, en relación con la capacidad de éstos, con las características y riesgos de su trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, así como promueve los medios para el diagnóstico, tratamiento, adaptación, rehabilitación y calificación de la patología producida o condicionada por el trabajo”.*

Esta especialidad utiliza una herramienta fundamental: la **Vigilancia de la Salud**, la cual debe ser realizada por profesionales sanitarios con la formación pertinente. La Vigilancia de la Salud dispone de una herramienta primordial para determinar la aptitud de los trabajadores; son los reconocimientos médicos laborales (RML) a través de los cuales el especialista en Medicina del Trabajo valorará la aptitud laboral y tendrá la capacidad y la responsabilidad de condicionar la actividad profesional y la vida laboral de los trabajadores. Sera su responsabilidad evaluar si los trabajadores son aptos, aptos con limitaciones o no aptos para su puesto de trabajo.

Los reconocimientos médicos laborales generan información sobre el estado de salud de los trabajadores; información que proviene de la intimidad del trabajador y como tal información íntima debe manejarse.

El artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho a la intimidad como un derecho fundamental pero no absoluto. Es un derecho que puede verse limitado o acotado ante situaciones relevantes. Esto mismo va a ocurrir en las relaciones laborales, en la prevención de riesgos laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31 /1995) nos queda bien claro que los reconocimientos médicos laborales deben llevarse a cabo *“Con especial atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad”.* En el artículo 22.2 se nos dice que el derecho a la intimidad, confidencialidad y dignidad del trabajador actúan como límites de la actividad empresarial.

Los datos recogidos en un RML hay que utilizarlos con una especial sensibilidad porque pueden llegar a lesionar otro derecho fundamental del ser humano: El Derecho al Trabajo; *“un derecho fundamental por el que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias, a la protección contra el desempleo, sin discriminación, remuneración digna, protección social y derecho de sindicación”*.

En cuanto a la privacidad el trabajador tiene el derecho de mantener ocultos aquellos datos de su estado de salud que nada tengan que ver con los riesgos inherentes de su actividad laboral. Esto último está acorde con la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que es el marco legislativo de la actividad preventiva, específica que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Además, la Ley establece, como norma general, la necesidad del consentimiento voluntario por parte del trabajador para poder llevar a cabo la vigilancia de la salud, derecho que puede perderse excepcionalmente en determinadas circunstancias, previo informe a los representantes de los trabajadores.

EL Profesor D. Enrique Villanueva Cañadas (DEP) un referente nacional de la Medicina Legal y uno de los mayores expertos de la Medicina Forense en España, me brindó, durante dos años, el privilegio de disfrutar de su sabiduría y bonhomía en la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España (OMC). Con anterioridad a aquella oportunidad única pude conocerle a través del curso de Experto en Ética Médica de la Fundación para la Formación de la OMC de España donde en su capítulo titulado *“Profesionales con Lealtades Compartidas”* se puede leer textualmente: *“El médico del trabajo es un árbitro que se situará siempre del lado de la razón y la justicia. Su lealtad estará al lado del trabajador cuando el empresario restrinja, obstaculice o intente ocultar situaciones de riesgo o produzca con su consulta una precariedad en las medidas de higiene y seguridad. Su lealtad estará con la empresa cuando el trabajador con su conducta absentista, obstruccionista, imprudente, o de enfermedad cree un peligro material para la empresa y sus operarios o para su viabilidad económica o un fraude para las Mutuas Patronales o la Seguridad Social. El Médico del Trabajo se verá protegido por la ley cuando un*

empresario pretenda coaccionarlo para tomar medidas contra los trabajadores o pretenda eludir o minimizar las medidas de vigilancia y control que la ley le impone para la protección de la salud del trabajador”.

II. REPASO HISTORICO.

Siglos XVI y XVII

1.-Bernardino Ramazzini (1633-1714), médico italiano, es considerado el padre de la Medicina del Trabajo por su tratado sobre las enfermedades de los trabajadores, publicado en latín hace más de 300 años. Su fecha de nacimiento, 4 de octubre, se ha tomado como el Día de la Medicina del Trabajo.

2.-Leyes de Indias y actuaciones gremiales.

Siglo XIX

1.-Estudio de las condiciones de trabajo de la clase obrera de Barcelona, de Ildefonso Cerdá.

2.-Propuesta reglamentaria sobre Seguridad e Higiene Pública del Dr. Felipe Monlau.

3.-Ley de 24 de julio de 1873: condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas. Esta Ley venía a decir:

- *Los niños y las niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina.*
- *No excederá de cinco horas cada día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de 13, ni de las niñas menores de 14.*
- *Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 a 15 años ni el de las jóvenes de 14 a 17.*
- *No trabajarán de noche los jóvenes menores de 15 años, ni las jóvenes menores de 17 en los establecimientos en que se empleen motores hidráulicos o de vapor. Para los efectos de esta ley, la noche empieza a contarse desde las ocho y media.*

- *Es obligatoria la asistencia a esta Escuela durante tres horas por lo menos para todos los niños comprendidos entre los nueve y 13 años y para todas las niñas de nueve a 14.*
- *También están obligados estos establecimientos a tener un botiquín y a celebrar contratos de asistencia con un médico-cirujano, cuyo punto de residencia no exceda de diez kilómetros, para atender a los accidentes desgraciados que por efecto del trabajo puedan*

4.-Ley de 26 de julio de 1878: trabajos peligrosos de los niños: Incurrirá en las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 123 a 1250 pesetas, señaladas en el Art. 501 del Código penal:

- *Primero. Los que hagan ejecutar a niños o niñas menores de diez y seis años cualquiera ejercicio peligroso de equilibrio, de fuerza o de dislocación.*
- *Segundo. Los que, ejerciendo las profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas, empleen en las representaciones de esa especie niños o niñas menores de diez y seis años que no sean hijos o descendientes*

5.-Instituto de Reformas Sociales.

6.-Primer reglamento de policía minera de 15 de julio de 1897. Encomienda a los ingenieros de minas la vigilancia de las condiciones de seguridad en las minas.

Siglo XX

1.-Ley de 13 de marzo de 1900 que modifica y amplía la Ley de 1873. *Ley de 13 de marzo de 1900: condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños.*

2.- La Ley de Accidentes de Trabajo española de 30 de enero de 1900.

3.-Orden Ministerial de 31 de enero de 1940. Se publica el Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo. En distintas reglamentaciones nacionales de trabajo se contemplan capítulos específicos sobre Seguridad e Higiene Laboral.

4.-Decreto de 7 de julio 1944. Nace el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad del Trabajo. Orden Ministerial de 21 de septiembre. Se crean los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo.

5.-Decreto de 16 de enero 1948. Se crea la Escuela Nacional de Medicina del Trabajo.

6.-Decreto de 21 de agosto y Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1956. Se crean los Servicios Médicos de Empresa.

7.-Año 1956: Nace la Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo. La Asociación para la Prevención de Accidentes (APA).

8.-Año 1959. Decreto 1036 de 10 de junio y Orden Ministerial de 21 de noviembre. Se crea, dentro del Instituto Nacional de Previsión, la Organización de los Servicios Médicos de Empresa.

9.-Año 1971. Orden Ministerial de 7 de abril. Se crea el Plan Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo. El Decreto 2891 de 12 de septiembre pone en marcha el Consejo Superior de Higiene y Seguridad del Trabajo. Orden Ministerial de 9 de marzo. Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Decreto 432 de 11 de marzo. Regula la constitución, composición y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo.

10.-Año 1972. Informe Robens (Gran Bretaña). Se propugnan las bases de la participación de los trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales y su implicación en la gestión empresarial.

11.-Año 1978. se crea el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que asume las funciones del Servicio Social de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

12. Ley 8/1980 de 10 de marzo. Estatuto de los Trabajadores.

13.-Año 1982. Se inicia el traspaso de competencias sobre Seguridad y Salud en el trabajo a las Comunidades Autónomas, que se completa en 1999.

14.-Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Siglo XXI

Creación del Observatorio Nacional de Condiciones de Trabajo.

III. FUNCIONES DE LOS MÉDICOS DEL TRABAJO Y DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Las funciones del Médico del Trabajo son fundamentalmente cinco:

- **Promoción:** Conjunto de actividades cuyo objetivo es mejorar el nivel de salud de los trabajadores mediante intervenciones destinadas a capacitarlos para

incrementar el control sobre su salud y mejorarla, tanto frente a los riesgos laborales como extralaborales.

- **Prevención:** Conjunto de actividades cuyo objetivo es reducir o eliminar riesgos laborales mediante intervenciones colectivas o personales.
- **Vigilancia:** Conjunto de actividades cuyo objetivo es la detección precoz de alteraciones de salud, principalmente relacionados con el trabajo, mediante procedimientos de recogida sistemática y análisis de información tanto a nivel individual como colectivo.
- **Asistencia:** Conjunto de actividades que tienen como objetivo el manejo clínico y laboral de los trabajadores con un problema de salud, principalmente aquel relacionado con las condiciones de trabajo.
- **Pericial:** Conjunto de actividades cuyo objetivo es identificar, cuantificar y valorar secuelas de los daños a la salud relacionados con el trabajo y su impacto sobre la capacidad para trabajar con el fin de compensar social y económicamente al trabajador afectado.

IV. SERVICIO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Según establece el artículo 31.2 de Ley de Prevención de Riesgos Laborales: *“Se entenderá como servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados”*

- Para ello, el Servicio de prevención lleva a cabo las siguientes funciones:
- Promover, con carácter general, la prevención en la empresa
- El diseño y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa.
- Establecer las necesidades formativas de los trabajadores,
- Realizar actividades de información y formación a todos los niveles, y en las materias propias de su área de especialización.

- Realizar y vigilar el cumplimiento y la eficacia del programa de control y reducción de riesgos y efectuar personalmente las actividades de control de las condiciones de trabajo, documentando cada uno de los riesgos existentes.
- Participar en la planificación de la actividad preventiva y dirigir las actuaciones a desarrollar en casos de emergencia y primeros auxilios.
- Realizar evaluaciones de riesgo, incluso aquellas que por sus características o su desarrollo exija una interpretación o aplicación no mecánica, de los criterios de evaluación.
- La determinación de prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia.
- Coordinar con el Servicio de Prevención Ajeno la programación y planificación de la vigilancia de la salud.
- Mantener un adecuado control sobre el cumplimiento de las obligaciones respecto a la maquinaria, instalaciones, equipos de trabajo y productos químicos que la empresa maneje, así como sobre toda la documentación que a este respecto se genere.
- Gestionar las acciones necesarias para garantizar, en su caso, la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la protección de maternidad y los trabajadores menores.
- Asesorar sobre las adecuadas características de los Equipos de Protección Individual establecidos para cada puesto de trabajo, así como de los requerimientos preventivos de los materiales, equipos, etc...
- Registrar las estadísticas de datos de siniestralidad laboral de la empresa.
- Finalmente, deberá elaborar anualmente y mantener a disposición de las Autoridades laborales y sanitarias competentes la memoria y programación anual del servicio de prevención.

V. DEFINICION DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.

La legislación determina que *“un accidente de trabajo es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”* (art. 115 LGSS)

Por lo tanto, para que un accidente tenga esta consideración es necesario que:

- Que el trabajador/a sufra una lesión corporal. Entendiendo por lesión todo daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad. Se asimilan a la lesión corporal las secuelas o enfermedades psíquicas o psicológicas.
- Que el accidente sea con ocasión o por consecuencia del trabajo, es decir, que exista una relación de causalidad directa entre trabajo y la lesión. La lesión no constituye, por sí sola, accidente de trabajo.

Una enfermedad Profesional es aquella contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena o propia en las actividades que se especifiquen en el cuadro de Enfermedades Profesionales (RD 1299/2006).

¿Qué influye en una enfermedad profesional?

Es una dolencia que aparece de forma paulatina y se van agravando por diversos motivos como:

- La continua exposición al riesgo que la produce.
- La forma en que se presenta el agente nocivo.
- Las características físicas, biológicas y sociales del individuo

VI. ESTADÍSTICAS DE ACCIDENTES, INVALIDECES Y MUERTOS: INFORMACIÓN OBTENIDA DEL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL.

En España, durante el año 2021, se registraron 601.123 accidentes de trabajo con baja. La mayoría se produjeron durante la jornada laboral, en concreto 523.800 accidentes, que suponen el 87,1 %. El resto, 77.323 accidentes, tuvieron lugar durante el trayecto del domicilio al centro de trabajo o viceversa; son los que se denominan accidentes de trabajo con baja *in itinere*. Del total de los accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo, 490.288 los sufrieron trabajadores/as asalariados/as, que suponen el 93,6 % de estos accidentes. Los/as trabajadores/as por cuenta propia sumaron 33.512 accidentes con baja en jornada de trabajo y representan el 6,4 % de los mismos

En 2021 la cifra de población afiliada a la Seguridad Social con la contingencia por accidente de trabajo alcanzó los 18,6 millones de trabajadores/as, de los cuales 15,4

millones han sido asalariados/as y aproximadamente 3,2 millones fueron por cuenta propia.

La incidencia de accidentes de trabajo en el año 2021 fue más del doble en los hombres respecto a las mujeres. Esta relación empeora conforme aumenta la gravedad de los accidentes de trabajo, llegando a ser la mortalidad por accidente de trabajo 14 veces mayor en los hombres.

De acuerdo con la información proporcionada a través de las aplicaciones CEPROSS (Comunicación de Enfermedades Profesionales en la Seguridad Social) y PANOTRATSS (Comunicación de patologías no traumáticas causadas por el trabajo), en el año 2022 se han producido un total de 26.778 enfermedades causadas por el trabajo, 22.408 expedientes de enfermedades profesionales y 4.370 expedientes de patologías no traumáticas causadas o agravadas por el trabajo.

En 2022 se comunicaron 22.408 partes de enfermedades profesionales incluidas en el listado como tales y que van asociadas al desarrollo de una actividad económica. Respecto al año 2021 se ha producido un incremento de un 9,95% en el número de expedientes de enfermedad profesional comunicados a través de la aplicación CEPROSS. Del total de partes de enfermedades profesionales el 42,96%, concretamente 9.626, tuvieron baja laboral y 12.782 se cerraron sin baja laboral. Respecto a 2021 los expedientes con baja laboral aumentan un 3,04% y los que se comunicaron sin baja en un 15,79%. En cuanto al sexo, el 48,9% corresponde a mujeres. Las enfermedades profesionales de los trabajadores extranjeros representan el 9,1% del total.

VII. CONCLUSIONES

1. Toda la población será, en algún momento de su vida, “población trabajadora”, y durante esos 30-40 años que abarca la vida laboral será la Medicina del Trabajo y por ende sus profesionales los encargados de su bienestar físico y psíquico. En el trabajo ocurren multitud de circunstancias que de manera directa o indirecta incidirán sobre nuestra calidad de vida y nuestra salud. Y no se trata tan solo de la prevención de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Las patologías osteomusculares, dolencias por deficiencias ergonómicas, estrés, multitud de cánceres de estrecha relación con la actividad profesional, problemas dermatológicos, respiratorios, digestivos, cardiovasculares, psiquiá-

tricos, mobbing, Burnout etc. nos convierten a los Médicos del Trabajo en lo que bien pudiéramos denominar el “Internista del Trabajador”.

Consumimos en el trabajo más de media vida y nos lo llevamos a casa en forma de horas extras y de preocupaciones y es por eso que nuestro trabajo no puede tener únicamente un prisma individual sino una importante traslación familiar y social; de la labor de los Médicos del Trabajo dependerá también el bienestar de la pareja, de la familia y por extensión de toda la sociedad.

La Salud laboral, la Medicina del Trabajo, tendría que ser para el Sistema Sanitario como el árbol de levas para los automóviles. Una pieza imprescindible que se encarga de controlar el accionamiento de las válvulas de escape, contribuye a repartir el aceite por el motor y ayuda a que funcione la bomba de combustible.

2. Es fundamental establecer, con carácter prioritario, unas vías de colaboración e información, permeables y bidireccional, entre los Servicios de Prevención, la Atención Primaria y la Inspección Sanitaria y Laboral.

Sería, sin dudas, el mejor ejemplo de que todos somos necesarios e imprescindibles. Cada cual desde su propia individualidad y como piezas del engranaje de nuestro sistema.

3. Hasta el inicio de la pandemia la Medicina del Trabajo no era más que una I.T.V. sanitaria, dedicada a la realización robótica de reconocimientos médicos laborales, en muchas situaciones, demasiadas, en condiciones de precariedad e incluso de insalubridad en escenarios que cuesta trabajo imaginar.

Ha tenido que acontecer una emergencia sanitaria para resucitar una especialidad que ha demostrado desde el principio que su papel tenía que ser imprescindible y así ha sido y es justo reconocerlo. Satisface haber comprobado que la Atención Primaria, siempre un poco reacia, y en ocasiones celosa, a lo que le llega desde la Medicina Privada o Concertada, ha entendido el trabajo y el esfuerzo y se ha establecido entre ambas especialidades un espíritu de mutuo respeto, ayuda y colaboración. Las dos partes han llegado a una misma conclusión: ¡¡ se necesitan¡¡

Durante todo ese periodo los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales han emitidos miles de Informes de Asesoramiento que han servido para que, en estrecha colaboración con la Atención Primaria, los trabajadores incluidos en los grupos vulnerables del Ministerio de Sanidad pudieran realizar su acti-

vidad laboral en condiciones de máxima seguridad y, en casos especiales, de haber podido disfrutar de un periodo de Incapacidad Transitoria cuando las circunstancias individuales así lo aconsejaban.

4. Los riesgos hay que asumirlos desde la cautela y la prudencia para garantizar nuestra propia supervivencia. La vida, en sí misma, es todo un riesgo, pero nos formamos durante toda ella para sortear esos riesgos con adecuados mecanismos de defensa. Nuestra vida profesional también es todo un riesgo y por tanto necesitamos de mecanismos de defensa. En Salud Laboral, en Medicina del Trabajo, los llamamos Equipos de Protección Individual (EPIS). Son necesarios y obligatorios. Un derecho del trabajador y un deber del empresario.
5. Los Médicos del Trabajo realizamos nuestra actividad asistencial en medio de una tormenta perfecta: Trabajador-Empresa-Servicio de Prevención. Cada cual, con sus intereses y necesidades, y también con sus presiones y reivindicaciones. Pero somos nosotros, los médicos, quienes tenemos en la mano un arma poderosa, comprometida y de una enorme responsabilidad: determinar qué persona está apta para trabajar, cual no lo está y quienes pudieran trabajar con limitaciones o adecuaciones especiales. De nosotros depende la vida laboral de los trabajadores y por tanto el devenir individual, familiar y social pues el trabajo es una importante vía de desarrollo personal y de progreso social.

Una responsabilidad que sólo puede afrontarse desde la vocación, la ética, la deontología y siguiendo y respetando el ejemplo, y el legado, de aquellos sabios grecorromanos que nos han precedido y desbrozado el camino. Siendo celosos del consejo hipocrático: *Primum non Nocere* y con la locución y principio jurídico latino: *In dubio pro-operario*: ante la duda a favor del trabajador.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Tratado de Medicina del Trabajo. Catedrático D. Fernando Gil Hernández.
- Constitución Española
- Ley de Prevención de Riesgos laborales. Ley 31/1995 de 8 de noviembre.

- 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.
- Profesor D. Enrique Villanueva Cañadas (q.e.p.d). Médico Forense. Catedrático de Medicina Legal. Ex presidente de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España.
- Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.
- Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Sistema CEPROSS (Comunicación de Enfermedades Profesionales en la Seguridad Social) en el ámbito de la Seguridad Social.
- Sistema PANOTRATSS (Comunicación de patologías no traumáticas causadas por el Trabajo)
- Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España. Declaración: *“El secreto profesional, defensa social y protección de riesgos laborales” 2017.*

ASPECTOS PSICO-SOCIALES, LEGALES Y CLÍNICOS DE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL

Carmen M^a Padilla Falcón

Doctora en Psicología por la Universidad de Extremadura.

*Psicóloga forense en el Instituto de Medicina Legal y
Ciencias Forenses de Badajoz - Unidad de Menores.*

“Solo hay dos legados duraderos que podemos esperar dar a nuestros hijos. Uno de ellos son raíces, el otro, alas”.

Johann Wolfgang von Goethe

1. INTRODUCCIÓN

La violencia filio-parental (en adelante VFP) es un fenómeno que ha ganado notoriedad en las últimas décadas como un asunto de **creciente relevancia** en la sociedad contemporánea. Se trata de un problema complejo que involucra una dinámica familiar donde los hijos, generalmente adolescentes, ejercen algún tipo de violencia hacia uno o ambos progenitores. Este capítulo explorará los aspectos psicosociales, legales y clínicos vinculados con la VFP.

La VFP no es un fenómeno nuevo, pero su visibilidad y comprensión han evolucionado con el tiempo. Actualmente, se reconoce como un desafío que merece atención especializada debido a su impacto en la vida de las familias afectadas. Para comprender plenamente este fenómeno, es esencial abordarlo de forma multidimensional, pues no existe una única causa que lo explique, sino una interacción compleja de factores psicológicos, sociales y familiares.

Considerar los **aspectos psicosociales** es esencial en el estudio de la VFP, ya que influyen tanto en su origen como en el mantenimiento del problema. Entender cómo interactúan las dinámicas familiares, las influencias socioculturales, la educación y las circunstancias individuales, como los problemas de salud mental (trastornos de conducta, traumas alteraciones emocionales,...), es fundamental para diseñar estrategias de prevención y tratamiento efectivas que aborden las causas subyacentes y promuevan relaciones familiares saludables. Además, este enfoque permite una visión holística de la VFP, teniendo en cuenta tanto los aspectos individuales como las influencias del entorno social y familiar.

Desde una **perspectiva legal**, la VFP plantea importantes desafíos, con un aumento evidente de denuncias en los últimos años. Los padres que son víctimas de agresiones por parte de sus hijos a menudo se sienten desamparados y desconocen los recursos legales disponibles para protegerse. La Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor recoge el abordaje de los distintos operadores jurídicos para paliar esta “lacra social”, que desde el ámbito jurídico sólo representa una pequeña parte de las agresiones que realmente ocurren. Las Memorias de la

Fiscalía General del Estado (MEMFIS) refieren que los esfuerzos de la Justicia y las entidades públicas de reforma no son suficientes para combatir este problema, y demandan políticas y estrategias de prevención que partan de un replanteamiento general de los valores de educación que se deben inculcar tempranamente en la familia, la escuela y los medios de comunicación. Este capítulo analizará la legislación vigente y la importancia de la actuación del Equipo Técnico (en adelante ET).

En el **ámbito clínico**, es fundamental comprender las características de la VFP por su impacto en la salud mental de todos los involucrados. Psicólogos y psiquiatras desempeñan un papel esencial en la identificación y el tratamiento de este fenómeno. Se explorará la sintomatología clínica más prevalente en los menores afectados.

En resumen, la VFP es un problema complejo y multifacético que afecta a numerosas familias en todo el mundo y requiere la comprensión y abordaje de distintos profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, abogados y médicos,...). Este capítulo explorará en detalle sus aspectos psicosociales, legales y clínicos, ofreciendo una visión integral de este fenómeno. A medida que avanzamos en la comprensión de la VFP, podemos trabajar hacia soluciones más efectivas que promuevan relaciones familiares saludables y seguras., teniendo en cuenta las dimensiones éticas, sociales y culturales que rodean este tema.

2. ASPECTOS BÁSICOS PARA ENTENDER LA VFP

2.1. Definición

La violencia en la familia no es algo nuevo, pero debido a las implicaciones morales y culturales, se ha mantenido oculta durante años al dominio público. A partir de la década de los sesenta, ciertas formas de violencia doméstica, como el maltrato infantil, la violencia de género, los abusos sexuales a menores y el maltrato a personas mayores, comenzaron a hacerse más visibles. En los últimos años, estamos presenciando otro tipo de maltrato, la ejercida por los hijos hacia sus padres, la cual se denomina violencia ascendente o VFP, término acuñado por Pereira en 2006 y reflejado por primera vez en la MEMFIS en 2015.

Resulta importante entender qué es la VFP, ya encontramos reseñas de maltrato de hijos a padres en los años 50, pero es a partir del año 2000 cuando este fenómeno comenzó a adquirir mayor relevancia, lo que generó la necesidad de definirlo con claridad. En este sentido, en el año 2013 se creó en España la Sociedad para el Estu-

dio de la VFP (SEVIFIP), y en 2017, un grupo de expertos llegó a un consenso para definirla como “conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia, las causadas por alteraciones psicológicas y el parricidio sin historia de agresiones previas” (Pereira et al., 2017, p. 220).

2.2. Componentes de la VFP

La dinámica de conductas que configuran la VFP emerge gradualmente, empieza con el abuso verbal, en sus formas más leves, que actúa como un precursor del abuso físico y emocional posterior. Los diferentes tipos de VFP incluyen:

- VFP de tipo físico, son las conductas más visibles y fáciles de identificar (golpear, pegar, romper cosas, ...)
- VFP de tipo psicológico, puede manifestarse en forma verbal (insultos, acusaciones, gritos) o emocional, como intimidación, amenazas de suicidio, manipulación o descuidando la propia salud.
- VFP de tipo económico o financiero. La violencia material es vivida por los padres como poco significativa, involucra acciones como robar dinero o pertenencias, vender bienes familiares o incurrir en deudas que los padres deben cubrir.
- VFP de tipo virtual: cada vez es más común que los padres informen sobre el trato vejatorio recibido por parte de sus hijos a través de las redes sociales, con la intención de ridiculizarlos y humillarlos.

2.3. Factores Explicativos

Existen factores explicativos que pueden contribuir a la aparición de la VFP, aunque no se puede generalizar. La literatura científica ha identificado indicadores comunes o factores de riesgo individuales, familiares y socioambientales que aumentan la probabilidad de que se presente este fenómeno. Concepción Aroca (2010, 2014) es la autora que de forma más completa ha desarrollado el **ciclo de la VFP**, el cual aparece representado en la figura siguiente.

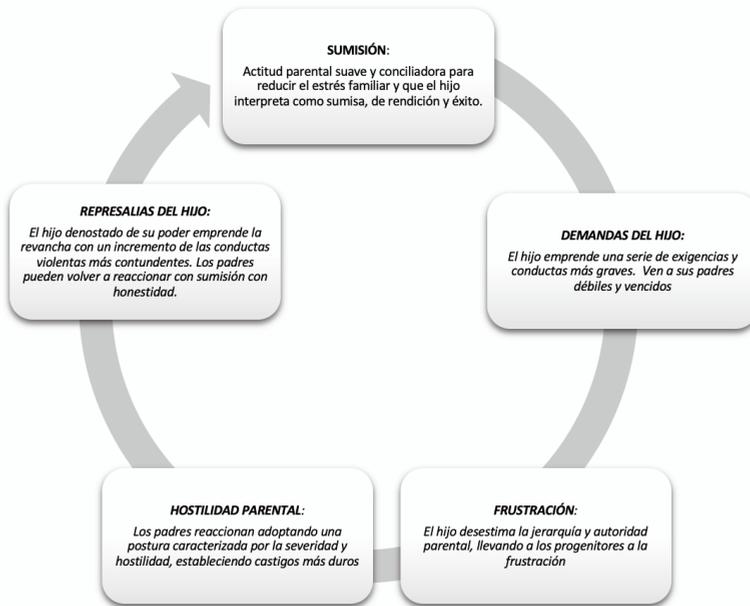


Figura 1. Representación del Ciclo de la Violencia Filio-Parental (Aroca, 2010): Conductas y actitudes de los sujetos implicados (adaptación de Aroca et al., 2014).

2.4. Dimensión del Problema desde un Punto de Vista Jurídico

Si analizamos desde el punto de vista jurídico la evolución del fenómeno de la violencia intrafamiliar cometida por menores, hay cifras que nos llevan a una cierta preocupación, tal y como indican las MEMFIS.

La VFP aparece tipificada en el **artículo 173(2)** del Código Penal español, denominándose “**malos tratos habituales en el ámbito familiar**”, donde lo determinante no es solo la *relación biológica* entre hijo maltratador y progenitor maltratado, sino también la *relación civil* o de convivencia de la víctima con el agresor. La violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos aparece como uno de los delitos más desconcertantes en Justicia Juvenil.

Si atendemos a los datos que ofrece la Fiscalía General del Estado en sus memorias anuales, observamos que en 2007 se comienza a contabilizar los expedientes de reforma abiertos a los menores por violencia doméstica (2683 casos), alertados por las distintas Fiscalías Provinciales sobre el incremento de los asuntos incoados, produciéndose el mayor aumento en 2011 con 5377 casos, fecha en la que se produce una estabilización más que una reducción de los mismos. Es significativo que en el

2020 se esperaba un aumento debido al confinamiento por COVID-19, paradójicamente ocurrió lo contrario, descendió registrándose un total de 4699 frente a los 5055 del año anterior.

Atendiendo a este preocupante incremento, las Fiscalías de Menores reaccionaron unificando criterios, reivindicando recursos y señalando que la vía jurisdiccional no es, en muchas ocasiones, la solución del problema. Es importante destacar que, en comparación con otros delitos juveniles, la delincuencia propiamente juvenil ha disminuido, pero han aumentado otras formas de delincuencia violenta, incluida la violencia sexual y la VFP.

3. ASPECTOS PSICO-SOCIALES DE LA VFP

El estudio de los aspectos psicosociales es fundamental para comprender a los protagonistas de la VFP, pero encontramos resultados dispares según metodología empleada.

La **edad**, junto con el **sexo**, son las variables socio-demográficas más estudiadas. Las investigaciones resaltan la prevalencia de los varones frente a las mujeres a la hora de emitir conductas violentas dirigidas a sus padres, además aquellos manifiestan conductas más externalizantes como la agresión física, mientras que las mujeres exhiben conductas más internalizantes, como el abuso psicológico o emocional. Asimismo, el intervalo de edad más representativo se sitúa entre los 12 y 17 años, y los estudios informan que, los casos más precoces suelen presentar comportamientos más extremos en el futuro. Algunas investigaciones consideran que la violencia de los varones aumenta con la edad, pero decrece en las mujeres.

Las **características personales** desempeñan un papel crucial en la comprensión de la VFP. Cada persona involucrada, ya sea el agresor juvenil o los padres, aporta sus propias características personales, experiencias y dinámicas psicológicas que influyen en la aparición y perpetuación de este fenómeno. Esta comprensión individualizada es fundamental para diseñar intervenciones y estrategias de prevención personalizadas que aborden las necesidades específicas de cada individuo.

Padilla (2020) estudia como determinados aspectos personales de los menores agresores impactan directamente en la dinámica de la VFP.

- Influencia del temperamento: aspectos como la ira, la baja capacidad de empatía, la impulsividad y la baja autoestima, se relacionan con la agresión hacia los progenitores.

-
- Influencia de la psicopatología: A menudo, se tiende a atribuir el comportamiento agresor de los hijos a problemas de salud mental. Sin embargo, la investigación no ha establecido relaciones causales claras entre la presencia de psicopatológicas en los menores y la VFP. Los trastornos psicológicos más estudiados han sido el trastorno por déficit de atención e hiperactividad, le siguen los trastornos disruptivos, del control de los impulsos y de la conducta (DSM5), los trastornos depresivos y de ansiedad y el trastorno límite de la personalidad. No obstante, es importante tener precaución al emitir diagnósticos en la infancia y adolescencia. La discapacidad intelectual y los trastornos del espectro autista son trastornos que, a pesar de emitir ocasionalmente conductas agresivas, no deben ser consideradas como fenómenos asociados a la VFP, sino que, muy al contrario, este tipo de violencia es una expresión del cuadro diagnóstico.
 - Influencia del consumo de sustancias: El consumo es una variable que ha recibido mucha atención en los estudios sobre VFP, identificando el cannabis, el alcohol y en menor proporción la cocaína como las principales sustancias que consumen los menores que agreden a sus padres. Sin embargo, la relación entre el consumo y la violencia no es clara, ya que el consumo puede ser tanto una causa como una consecuencia de este problema. Puede distinguirse entre violencia funcional (para obtener recursos, como dinero para droga) y violencia inducida (producida bajo los efectos de las drogas).
 - Influencia de las Tecnologías de la Información y de la comunicación (TICs): Las TIC's forman parte de la vida de los adolescentes, tanto como ocio, como para adquisición de conocimientos, pero también pueden ser fuente de problemas familiares debido a su mal uso. El abuso de las TICs y las reacciones agresivas cuando se les imponen límites parentales son motivo de preocupación en el ámbito familiar.
 - Influencia del grupo de iguales: Durante la adolescencia, el grupo de iguales adquiere una importancia crucial como agente socializador. Los amigos pueden servir como modelos tanto para la transmisión de valores positivos como negativos. Los menores que maltratan a sus padres a menudo se asocian con amigos que enfrentan problemas similares en sus hogares. Cuando son víctimas de sus iguales, pueden utilizar la violencia como forma de compensar la impotencia y expresar la ira en un entorno seguro. La ausencia de amigos o el sentirse excluido del grupo se considera un importante factor de riesgo de

desarrollar conductas antisociales o violentas (Garrido, 2005; Musitu, Buelga, Lila y Cava, 2001).

- Influencia del entorno escolar: El comportamiento disruptivo en el aula es un predictor importante de la violencia a los padres, seguido de las dificultades con las figuras de autoridad, el absentismo escolar, el bajo rendimiento académico, el fracaso escolar y/o dificultades en el aprendizaje. Es cierto que encontramos menores que a pesar de maltratar a sus padres están perfectamente adaptados al entorno escolar. El haber sido víctima de acoso escolar es un factor de riesgo de ejercer violencia hacia los padres (Loínaz et al., 2017)

En relación con las **familias víctimas**, la agresión de los hijos puede estar dirigida hacia las madres, los padres o hacia ambos., aunque existe consenso en determinar que las madres son las principales perjudicadas, y apenas se encuentran estudios que concluyan que la agresión se dirija al padre en exclusividad.

La hipótesis de la bidireccionalidad sugiere que la VFP puede ser una respuesta aprendida, por haber sido testigo de maltrato durante la infancia (Ap. Observacional) o víctima directa de ella (reacción por las agresiones previas sufridas, “en defensa propia”).

La edad de los padres también puede influir, ya que algunos estudios sugieren que la parentalidad tardía está más expuesta a la agresión de los hijos adolescentes. La literatura consultada refiere que estos menores suelen tener hermanos, ellos suelen ser los primogénitos, con su actitud buscan dominar a padres y hermanos mediante conductas de poder y control.

La VFP no se limita a un estrato socioeconómico específico; se encuentra en todos los niveles sociales, no está relacionada con situaciones socioeconómicas desfavorables como en un principio cabría pensar. Las familias con mayores recursos económicos a menudo evitan denunciar debido al estigma social y recurren a recursos privados para abordar el problema.

Actualmente, una de las principales áreas de estudio en el ámbito de las relaciones filio parentales es determinar qué **estilo educativo** ofrece mejor ajuste psicosocial a los hijos. Tanto la investigación científica como la creencia popular, han señalado las prácticas de crianza como un factor que determina la presencia VFP. La literatura describe cómo ciertos estilos educativos predisponen a la presencia de la VFP, relacionan el estilo permisivo, como el más frecuente seguido del estilo autoritario (Cal-

vete et al., 2011) y del ausente-negligente (Ibabe et al., 2007; Rechea et al., 2008). Aunque parece que está clara la influencia de un estilo educativo inadecuado en la aparición de la VFP, algunos autores no han encontrado relación entre estos dos factores (Rechea y Cuervo, 2010).

En relación con la salud mental de los padres, numerosas investigaciones consideran que la presencia de psicopatología en los padres se asocia a problemas de conducta en los menores. Tanto las **adicciones** de los progenitores como los problemas de **salud mental** afectan a las habilidades para gestionar la familia y a las pautas de crianza implícitas, alterando la comunicación intrafamiliar y desencadenando altos niveles de estrés familiar que incrementan los problemas de relación. Esta circunstancia facilita el establecimiento de patrones coercitivos en el hogar y la aparición de VFP. Cuando existen problemas de salud mental en los padres, el nivel de conflicto familiar es superior, debido al resentimiento que sufren los menores al verse obligados a adoptar el papel de cuidadores. En estos casos, no podemos discernir si realmente son causas o consecuencias de la presencia de VFP.

4. ASPECTOS LEGALES DE LA VFP EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

4.1.- Antecedentes Legales

El marco jurídico actual relacionado con menores tiene sus raíces en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada en 1948 mediante Decreto y que estaría vigente, con escasas modificaciones, hasta 1992.

En 1985, el Poder Judicial reconoció la justicia de menores como un orden jurisdiccional penal especializado, estableciendo Juzgados de Menores en todo el país a través de la Ley Orgánica 6/85.

En 1988, se dio un paso importante con la adscripción permanente de equipos técnicos compuestos por educadores, trabajadores sociales y psicólogos, destinados a asesorar a jueces y fiscales de menores, pues estos han de conocer no sólo los hechos que se imputan al menor, también la información aportada por el ET, sobre las características personales y circunstancias familiares, sociales y educativas que pudieran haber determinado la conducta delictiva, con el fin de adoptar las medidas más ajustadas a la situación de cada menor.

En 1991, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de 1948 impulsó la aprobación de la **Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.**

Esta nueva ley buscó una mayor protección de los derechos de los menores, un enfoque más educativo y menos punitivo, así como una mejor coordinación entre las partes involucradas en la atención a los menores dentro del sistema judicial.

4.2.- Marco Jurídico actual

Una década después, se lleva a cabo la necesaria reforma legislativa, que anticipaba la anterior ley. Actualmente, disponemos como norma fundamental en materia penal juvenil la **Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM)** aprobada el 12 de enero de 2000 y puesta en marcha el 13 de enero de 2001, junto con su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004 el 30 de julio.

La Exposición de Motivos de la LORPM recoge las dos ideas principales que guiaron su elaboración y aplicación: el “superior interés del menor” y la “naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa”.

Esta ley exige responsabilidad penal a las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delito, sean graves o leves. Estas edades se aplican al momento de cometer los hechos. No obstante, los menores de 14 años se consideran inimputables penalmente, entendiéndose que las medidas administrativas propuestas por la Entidad Pública son suficientes, y pertenecerían al ámbito de protección mientras que los mayores de 14 años, al ámbito de reforma.

En 20 años, la LORPM ha experimentado varias reformas, en su mayoría impulsadas en respuesta a crímenes cometidos por menores que generaron alarma social, a pesar de su escasa relevancia numérica. Estas reformas, sin atender a criterios científicos, han endurecido el proceso penal de menores, alejándose del enfoque original de la ley.,

Abadías (2016) propone una interesante secuenciación en la forma de hacer estas reformas: crimen, movimiento popular, impacto mediático, presión a la clase política y reforma de la ley a golpe de emociones.

A pesar de estas reformas, la sociedad ha desarrollado una percepción equivocada de la justicia de menores debido a la influencia de los poderes públicos y los medios de comunicación, como la creencia de un aumento de la delincuencia juvenil o un trato laxo de los delitos graves, lo que ha impulsado reformas de las leyes penales sin el suficiente respaldo científico. El problema no reside necesariamente en la ley

en sí, que puede ser mejorable, sino en la falta de recursos para su aplicación adecuada.

4.3.- Procedimiento judicial en la VFP

Como en otros casos de delincuencia juvenil, los menores involucrados en actos de violencia familiar deben someterse al procedimiento judicial y a las medidas correspondientes. Cuando un joven de 14 a 18 años agrede a sus padres, estos pueden presentar una denuncia. La fiscalía recibe la denuncia, ya sea de los padres, la policía u otros profesionales y el fiscal decide si incoa o sobresee el expediente. En estos casos, los progenitores comparecen como denunciantes o testigos y deben mantenerse al margen, ya que el Ministerio Fiscal asume su representación.

El Ministerio Fiscal puede optar por la imposición de una **medida cautelar** según el Art. 28 de la LO 5/2000, si los hechos denunciados por la familia se consideran graves o muy graves, cuando la convivencia resulte insostenible o la deriva que esté tomando el menor expedientado requiera un especial seguimiento, con el fin de proteger a la víctima y sus bienes jurídicos (Liñán, 2011).

El Artículo 19.1 permite al Ministerio Fiscal “desistir de la continuación del expediente”, en casos de escasa gravedad en la comisión de los hechos o si el menor se ha conciliado con la víctima o se ha comprometido a reparar el daño causado. Para que esta **resolución extrajudicial** sea fructífera, es necesario que el hecho denunciado no revista gravedad y que exista un verdadero reconocimiento de culpa y propósito de enmienda en el menor, así como un estado de suficiente serenidad y estabilidad psicológica en la víctima para expresar con libertad su voluntad de aceptar las disculpas pedidas por el hijo/a. En estos casos, se recomienda un programa terapéutico específico para el menor y sus padres, como contenido del compromiso de reparación del daño.

Si el Ministerio Fiscal decide **continuar con el expediente**, se tomará declaración al agresor y a los padres, ambas partes serán evaluadas por el ET del Juzgado de Menores que emitirá un informe detallado describiendo la historia y situación actual de la familia y del menor proponiendo la medida que mejor se adapte a sus características personales y necesidades (Cuervo, 2011). También en este momento el ET, puede proponer al Ministerio Fiscal, si estima conveniente, una solución extrajudicial.

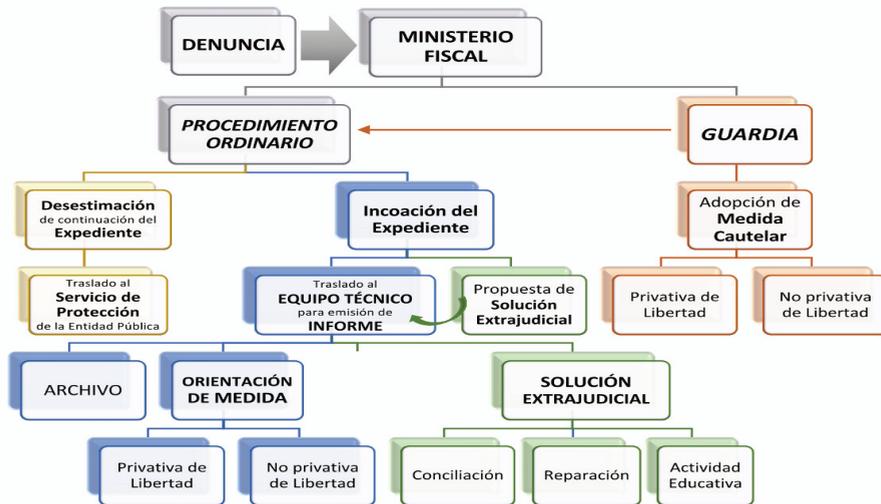


Figura 2. Procedimiento Judicial de menores. (Fuente: elaboración propia)

Una vez finalizada la instrucción, la Fiscalía remite el expediente al Juzgado de Menores, quien señalará fecha para la vista oral. La audiencia, que no es pública, requiere la presencia del Ministerio Fiscal, las partes personadas, el letrado del menor, un representante del ET que haya emitido el informe previo y del propio menor, que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez acuerde lo contrario (Art. 35 de la ley 5/2000). En el **juicio** pueden darse dos circunstancias: conformidad entre las partes, donde el menor acepta su responsabilidad por los hechos cometidos o celebración de la audiencia. La mayoría de los casos de VFP se resuelven mediante acuerdo.

En la mayoría de los casos, los padres que son víctimas de la VFP buscan en la denuncia ayuda y tratamiento individualizado, no castigo o reprobación judicial.

4.4.- Las Medidas Judiciales

Las medidas judiciales son respuestas educativas que se imponen judicialmente a los menores que han cometido un delito, con el fin de responsabilizarlos de su actuación y aportarles los recursos necesarios para su adecuada integración (Tejedor, 2009). Su ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas (artículo 45.1 LORPM) con capacidad para crear, dirigir y gestionar los servicios y programas ade-

cuados. Esto ha provocado diversidad de modelos organizativos diseñados por las distintas Comunidades Autónomas, sin criterios mínimos comunes a nivel nacional.

El Art. 7 de la LORPM define las medidas susceptibles de imponerse a los menores. Previa a su orientación y aplicación se individualiza cada caso, valorando el interés superior del menor, la edad, las circunstancias sociofamiliares y el desarrollo de su personalidad, aspectos que recoge el informe del ET. E juez puede modificar la medida en cualquier momento de la ejecución de sentencia, ya sea, dejándola sin efecto, reduciendo su duración o sustituyéndola por otra.

En función de la restricción de derechos, las medidas se clasifican en privativas de libertad, como las medidas de internamiento, reservado para delitos graves, cuando concorra reincidencia o se hayan agotado otras medidas menos restrictivas y no privativas de libertad, son las que se ejecutan en medio abierto.

MEDIDAS JUDICIALES	
Medidas Privativas de Libertad	Medidas en Medio Abierto (no privativas de libertad)
Internamiento en régimen cerrado.	Asistencia a un centro de día.
Internamiento en régimen semiabierto.	Libertad vigilada.
Internamiento en régimen abierto.	Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.
Permanencia de fin de semana.	Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
	Prestaciones en beneficio de la comunidad.
	Realización de tareas socioeducativas.
	Amonestación.
	Privación <ul style="list-style-type: none"> ▪ del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, ▪ el derecho a obtenerlo, ▪ o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.
	Inhabilitación absoluta.
MEDIDAS TERAPÉUTICAS	
Privativas de Libertad	No Privativas de Libertad
Internamiento terapéutico en régimen cerrado.	Tratamiento ambulatorio.
Internamiento terapéutico en régimen semiabierto.	
Internamiento terapéutico en régimen abierto.	

Tabla 1. Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores infractores, según el Art. 7 LORPM. (Fuente: elaboración propia)

En los casos de VFP, la medida de prestación en beneficio de la comunidad podría implicar colaborar con organizaciones de ayuda a víctimas de violencia doméstica. Las tareas socioeducativas podrían incluir talleres sobre habilidades sociales, comunicación o de desarrollo de la empatía. Si el delito está relacionado con el consumo o un trastorno psicológico, se podría optar por un tratamiento ambulatorio o incluso internamiento terapéutico si se necesita un control más restrictivo y los recursos externos sean insuficientes. El internamiento se reserva para casos de especial violencia o existan antecedentes de conductas agresivas en el ámbito familiar. La libertad vigilada permite abordar las necesidades del menor desde su entorno natural, según los casos permite, mayor control escolar, orientación familiar, tratamiento psicológico ambulatorio o de deshabitación de drogas, cuando se requiera. Sin embargo, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo es la medida más adoptada en los asuntos de VFP y que mejores resultados ha demostrado, inicialmente supone un corte forzoso de las conductas violentas del menor hacia los padres, disminuyendo la tensión familiar. También garantiza la asistencia escolar, tratamiento psicológico y actividades culturales y ocupacionales para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor. Sin embargo, su disponibilidad se ve condicionada por la falta de recursos en algunas Comunidades Autónomas o la saturación de este en otras. La Memoria de la Fiscalía del 2014 recomienda evitar esta medida cuando haya un riesgo razonable de incumplimiento, teniendo en cuenta la trayectoria delictiva o problemas específicos del menor, ya que el fracaso individual podría afectar al grupo de convivencia. La Memoria de la Fiscalía de 2017 sugiere descartar esta medida en casos de drogadicción y psicopatología en los menores.

4.5.- Actuación del Equipo Técnico

La exposición de motivos de la LORPM resalta la importancia del ET y lo configura:

- como elemento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas
- como pieza fundamental para conocer y valorar el interés superior del menor, desde una perspectiva más amplia que la ofrecida por la ciencia jurídica, permitiendo tomar decisiones adecuadas y personalizadas sobre el menor (Escorihuela, 2015)
- como mediador en los temas de reparación del daño causado y conciliación entre el delincuente y la víctima

Vázquez-González (2021) destaca la figura del ET como el elemento claramente diferenciador entre el proceso penal ordinario y el de menores.

El artículo 4 del Reglamento de la LORPM recoge que los Equipos Técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal en cuestiones pertinentes a sus respectivas disciplinas. Hasta el 1 de julio de 2022, los Equipos Técnicos de Menores estaban vinculados orgánicamente a los Juzgados de Menores, pero ahora se han integrado en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses provinciales.

Funciones del Equipo Técnico

El ET tiene un papel activo en todas las fases del procedimiento, bien de forma oral o escrita: en la instrucción, audiencia y ejecución.

Una de las funciones fundamentales es proporcionar asesoramiento al Juez de Menores y al Fiscal, en cuestiones técnicas relacionadas con su ciencia. Esto se materializa en la elaboración de diversos informes, que requieren un conocimiento exhaustivo de la situación del menor, obtenido a través de entrevistas, la aplicación de instrumentos de evaluación y la colaboración con recursos comunitarios y agentes sociales relacionados con el menor.

La ley también encomienda al ET la tarea de asistir al menor desde la incoación del expediente (Art. 22, f)).

Finalmente, la ley aboga por una justicia restaurativa como respuesta alternativa a la infracción penal, otorgando al ET una función mediadora. Las disposiciones vigentes incluyen la conciliación y la reparación, tanto de forma directa hacia la víctima como de forma indirecta o mediante una actividad educativa (Álvarez, 2008).

La solución extrajudicial permite la participación activa de todas las partes involucradas en el conflicto, siendo los protagonistas en la búsqueda de soluciones, lo que aporta indudables ventajas tanto a los ciudadanos como al sistema judicial.

La mediación penal juvenil es un modelo idóneo para el sistema de justicia por su escaso valor estigmatizante y su alto potencial educativo. Facilita que el infractor reconozca su conducta, acepte sus consecuencias y asuma la responsabilidad de sus acciones para compensar a la víctima o perjudicado.

La mediación proporciona un espacio privilegiado para abordar conflictos sociocognitivos, permitiendo la modificación de esquemas cognitivos previos de las partes involucradas (pensamientos, actitudes, valores y conductas).

El Informe del Equipo Técnico

El informe técnico se define como una comunicación interprofesional basada en la teoría y metodología científica, que contribuye al esclarecimiento de las características personales, socio-familiares y escolares en el momento concreto de la comisión de los hechos y orienta la respuesta educativa más adecuada a esas circunstancias.

Su elaboración o actualización va a ser requerido por el Ministerio Fiscal (Art. 27.1 LORPM) y deberá ser entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable a un mes en casos de gran complejidad.

El informe técnico se caracteriza por ser preceptivo, pero no es vinculante, tiene un carácter confidencial, aunque es un documento público lo que hace necesario seleccionar la información a transmitir, tampoco tiene un carácter exclusivo.

La estructura del informe incluye los datos identificativos, la metodología utilizada, las distintas áreas de competencia de cada profesional del ET, un apartado de conclusiones que recogen los aspectos más relevantes de las diferentes ámbitos explorados y la orientación de la medida que, sin entrar en la valoración de los hechos y en la participación de la menor, se trata de una toma de decisiones conjunta respecto a la acción educativa más conveniente para el menor. Una nota final aclara que el informe se refiere exclusivamente a la situación evaluada en ese momento y no se puede extrapolar a otras circunstancias.

5. ASPECTOS CLÍNICOS DE LA VFP

Existe poca investigación respecto a los problemas de salud mental de los adolescentes implicados en VFP pese a ser señalado como un factor de riesgo. El debate gira en torno a si variables como los trastornos psicopatológicos predicen el maltrato de menores hacia sus padres, o serían características personales propias como los problemas en el autocontrol, la impulsividad, la regulación afectiva y la falta de habilidades sociales consideradas predictoras de la problemática familiar (Aroca et al., 2014; Morán, 2013)

Entre los factores de riesgo individuales estudiados, se han identificado ciertos trastornos psicopatológicos en los hijos que agreden a sus padres, siendo los más frecuentes: los trastornos del estado de ánimo y/o de ansiedad, el trastorno por déficit de atención con o sin hiperactividad, los trastornos de vinculación, el trastorno disruptivo o del aprendizaje, el trastorno negativista desafiante, el trastorno disocial, el explosivo intermitente, y el antisocial de inicio en la niñez y la adolescencia (Cottrell y Monk, 2004; Ibabe et al., 2007; González-Álvarez, 2013).

Por otro lado, el trabajo presentado por Padilla (2020), atendiendo a los resultados obtenidos en el Inventario de Personalidad para adolescentes PAI-A, plantea que los jóvenes involucrados en delitos de VFP no presentan diagnóstico de psicopatología, aunque sí rasgos de ansiedad, depresión, personalidad límite y problemas con las drogas, además de actitudes agresivas físicas, de resentimiento y conductas antisociales.

Entre los rasgos de personalidad patológicos más prevalentes en los estudios consultados pertenecen al clúster B, el trastorno límite o el trastorno antisocial de la personalidad, principalmente.

Los enfoques terapéuticos, como la terapia familiar y la terapia cognitivo-conductual, han mostrado ser prometedores en el tratamiento de la VFP.

6.- CONCLUSIÓN

A lo largo de este capítulo, hemos explorado en profundidad la violencia filio parental, desglosando un problema que afecta a familias de todo el mundo y que plantea desafíos significativos a nivel individual y social.

No cabe duda de que nos encontramos ante un problema complejo de carácter multifactorial, que requiere un análisis integral desde diversos ángulos. La comprensión y abordaje adecuado de este fenómeno demanda considerar aspectos psicológicos, sociales, legales y clínicos. Cada uno de estos enfoques ofrece una perspectiva única, pero en conjunto contribuye a una respuesta efectiva y holística a esta problemática. Desde la psicología hasta el derecho y la medicina, todos tienen un papel que desempeñar en la prevención y el tratamiento de la VFP. Al abordar este fenómeno de manera colaborativa y comprensiva, podemos trabajar hacia la construcción de familias más saludables y comunidades más seguras.

La literatura científica no encuentra rasgos definitorios concluyentes que garantice un abordaje totalmente exitoso, aun no podemos asegurar, en muchos casos, que los factores estudiados sean razones para ejercer la violencia a los padres o justifi-

caciones de esta López (2011). Sin embargo, nos encontramos en un país pionero en investigación sobre VFP y donde la divulgación sobre el tema ha sido y está siendo extraordinaria, lo que nos asegura estar más cerca de los resultados esperados.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la VFP no se limita únicamente a cuestiones individuales ni siquiera familiares; en realidad, se trata de un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, involucrándonos a todos. Este problema real, no es insuperable, y con esfuerzo y colaboración, podemos avanzar hacia soluciones más efectivas.

Por ello, resulta esencial establecer una coordinación sólida entre todos los profesionales implicados en este fenómeno y aumentar la sensibilización de las instituciones responsables de su abordaje como educación, justicia, servicios sociales, salud mental... dirigiéndonos todos a un fin común: **prevenir la VFP y saber abordarla adecuadamente.**

7.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Abadías, A. (2016). *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas.* (Tesis Doctoral). UNED.
- Álvarez, F. (2008). Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales. *International e-journal of criminal sciences*, 2, 1-26.
- Aroca, C. (2010). *La violencia filio-parental: una aproximación a sus claves.* (Tesis Doctoral). Universitat de València (Estudio General). Facultad de Psicología.
- Aroca, C., Lorenzo, M. y Miró, C. (2014). La violencia filio-parental: un análisis de sus claves. *Anales de Psicología*, 30, 157-170.
- Calvete, E. (2011). Integrating sociotropy, negative inferences and social stressors as explanations for the development of depression in adolescence: Interactive and mediational mechanisms. *Cognitive Therapy and Research*, 35(5), 477-490.
- Cottrell, B. y Monk, P. (2004). Adolescent-to-parent abuse: a qualitative overview of common themes. *Journal of Family Issues*, 25, 1072-1095.
- Cuervo, K. (2011). *Menores en riesgo: perfil y predicción de la reincidencia delictiva.* (Tesis Doctoral). Universitat Jaume I, Castellón.

-
- Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 19 de julio de 1948, núm. 201, pp. 3306-3318.
 - Dictamen 6/2013, sobre pautas de aplicación de la medida de convivencia con persona, familia o grupo educativo. Fiscal de Sala Coordinadora de Menores. Fiscalía General del Estado. Madrid. Recuperado de <http://web.icam.es/bucket/DICTAMEN%206-2013.pdf>
 - Eckstein, N. J. (2004). Emergent issues in families experiencing adolescent-to-parent abuse. *Western journal of communication* 68, 365-388.
 - Escorihuela, V. (2015). *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*. (Tesis Doctoral). Universidad Jaume I, Castellón
 - Fiscalía General Del Estado (2009, 2011, 2021, 2022). *Memorias de la Fiscalía General del Estado*. Recuperado de <http://www.fiscal.es>
 - Garrido, V. (2005). *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*. Barcelona: Ariel.
 - González-Álvarez, M. (2013). *Violencia intrafamiliar: características descriptivas, factores de riesgo y propuesta de un plan de intervención*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense, Madrid.
 - Holt, A. (2013). *Adolescent-to-parent abuse*. Bristol: The Policy Press.
 - Ibabe, I., Jaureguizar, J. y Díaz, O. (2007). *Violencia filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*. Vitoria: Servicio Publicaciones del Gobierno Vasco.
 - Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 11 de junio de 1992, nº 140, pp. 19794-19796.
 - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 2 de julio de 1985, nº. 157, pp. 20632-20678.
 - Liñán, F. L. (2011). El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores. *IPSEds*, 4, 9-23.
 - Loinaz, I., Pueyo, A. y Pereira, R. (2017). Factores de riesgo de violencia filio-parental: Una aproximación con juicio de expertos [child-to-parent violence risk factors: An approach with expert judgement]. *Acción Psicológica*, 14(2), 17.

<http://dx.doi.org/10.5944/ap.14.2.20747> López, F. (2011). *Programa de menores infractores: intervención educativa y terapéutica*. Madrid: Pirámide.

- Morán, N. (2013). *Padres víctimas de abuso por parte de sus hijos: características descriptivas, factores de riesgo y propuesta de un programa de intervención psicológica* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Padilla, C. M. (2020). *Violencia filio parental desde la jurisdicción de menores: factores de riesgo psicosocial*. (Tesis doctoral). Universidad de Extremadura.
- Pereira, R. (2006). Violencia filio-parental, un fenómeno emergente. *Mosaico*, 36, 7-8.
- Pereira, R., Loinaz, I., del Hoyo-Bilbao, J., Arrospide, J., Bertino, L., Calvo, A., Montes, Y., Gutiérrez, M. (2017). Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental (SEVIFIP). *Papeles del Psicólogo*, 38, 216-223.
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 30 de agosto de 2004, nº. 209, pp. 30127-30149.
- Rechea, C. y Cuervo, A.L. (2010). Menores agresores en el ámbito familiar. Un estudio de casos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 353-375.
- Rechea, C., Fernández, E. y Cuervo, A. L. (2008). Menores agresores en el ámbito familiar. *Centro de investigación en criminología, Informe 15*, 1-80.
- Sancho, J.L. (2016). *Violencia filio-parental: características psicosociales de adolescentes y progenitores en conflicto familiar severo*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Tejedor, A. (2009). La evaluación psicológica de la delincuencia infantil. En F. Jiménez (Coord.), *Evaluación psicológica forense. 3: ámbitos delictivos, laboral y elaboración de informes* (pp.11-64). Salamanca: Amarú.
- Urra, J. (2006). *El pequeño dictador: cuando los padres son las víctimas*. Madrid: La esfera de los libros.
- Vázquez-González, C. (2021). En defensa de la justicia penal de menores española en el vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero. En *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor* (pp. 41-64). Wolters Kluwer.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y BAREMO SANITARIO

**(La indemnización de los daños y perjuicios
sufridos por el paciente en supuestos de
responsabilidad civil profesional)**

Raquel Murillo Solís

*Directora General Adjunta en
AMA Agrupación Mutual Aseguradora.*

I.- INTRODUCCIÓN

En los últimos años en España se ha producido un incremento exponencial tanto de las reclamaciones, como de las indemnizaciones en el ámbito sanitario, circunstancia que tiene una repercusión directa no sólo para el sistema sanitario en su conjunto, sino también para el profesional sanitario en particular.

Esta tendencia al aumento de reclamaciones se produce en paralelo con lo que ocurre en muchos países de nuestro entorno. Los avances científicos y técnicos en un ámbito como el sanitario, así como las características propias de la sociedad de bienestar en la que vivimos, hacen que las expectativas del paciente en relación al éxito de los tratamientos aplicados se incrementen y también su nivel de exigencia respecto al resultado.

Por otro lado, asistimos a una profunda transformación en la atención sanitaria que se presta en el seno de organizaciones, cada vez más complejas.

La ley 41/2002 supuso una modificación de la relación médico-paciente, sustituyendo el anterior modelo paternalista, por un nuevo modelo asistencial en el que el derecho del paciente a decidir sobre su salud cobra una importancia fundamental.

El respeto a la autonomía del paciente se conforma hoy, como una obligación ética y legal imprescindible para garantizar el ejercicio de la buena praxis profesional en el ámbito sanitario. No basta la corrección técnica del acto profesional, sino que además el profesional sanitario está obligado a informar, obtener autorización del paciente, respetar las decisiones adoptadas por el mismo y preservar la correcta confidencialidad, tratamiento y conservación de los datos de salud.

Aunque hay múltiples definiciones de la responsabilidad profesional sanitaria, la mayoría de ellas están inspiradas en la definición, ya clásica, del profesor Gisbert Calabuig que la define como *“la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores involuntarios, incluso voluntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de la profesión”*¹.

Los supuestos de responsabilidad civil médica están sujetos a un sistema de imputación subjetiva, tal y como ha puesto de manifiesto de forma reiterada, tanto nuestra jurisprudencia² como la doctrina³, alejándose de la tendencia a la objetivación

1 Gisbert Grifo MS, Fiori A. Responsabilidad médica. En: Villanueva Cañadas E, Editor. Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología. 6ª Ed. Barcelona: Masson; 2005; p.109-24.

2 STS de 7 de mayo de 2007:

característica de otros ámbitos de actividades que pueden generar responsabilidad civil en general.

En el ámbito sanitario la culpa del médico debe ser probada. Por ello los supuestos de responsabilidad civil sanitaria requieren un análisis detallado que exige de un estudio muy exhaustivo de cada caso, de ahí que la determinación de la existencia de responsabilidad sea en muchos casos compleja, circunstancia que explica en sí misma por qué tantas reclamaciones se judicializan.

Sin duda, uno de los mayores problemas de la Sanidad es su excesiva judicialización, y ello tiene consecuencias claras, entre ellas, el aumento de la siempre perjudicial medicina defensiva, así como la dificultad de algunos servicios públicos de salud para encontrar aseguradoras que cubran la responsabilidad civil de sus profesionales.

Pero, además, existe otra razón que explica el alto índice de judicialización en los procedimientos de responsabilidad civil sanitaria: la complejidad a la hora de identificar el daño causado, para poder estimarlo y determinar el importe a indemnizar. Valorar el daño personal en el ámbito sanitario no siempre es sencillo y en este trabajo trataré de analizar cuáles son en mi opinión aquellas cuestiones que revisten especial dificultad.

II.- LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Para la valoración del daño sanitario, en nuestro país se está aplicando mayoritariamente el baremo de tráfico⁴ de forma orientativa⁵. Esto es así en primer lugar, en

“La responsabilidad médica sólo puede apreciarse cuando existe culpa o negligencia por parte del facultativo, que se concreta paradigmáticamente en la infracción de la lex artis ad hoc (reglas del oficio adecuadas al caso). No es aceptable la objetivación de la responsabilidad en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, como el que establece el artículo 1902 CC EDL 1889/1, ni tan siquiera mediante la doctrina del resultado desproporcionado, que sólo es admisible como procedimiento racional encaminado por vía de inferencias lógicas a la demostración de la culpabilidad del autor del daño (SSTS de 30 de enero de 2004, 15 de febrero de 2006, 26 de julio de 2006, 18 de diciembre de 2006 y 14 de febrero de 2007, entre las más recientes)”.

3 GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Thomson Reuters. Abril 2016. Pág. 175 y ss.

4 El Sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que nos referimos habitualmente como “Baremo de tráfico”, se establece como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y modificado me-

aplicación de la jurisprudencia, que en gran parte de los casos se apoya en este sistema ante la inexistencia de uno específico y en segundo lugar porque en muchas ocasiones es la defensa del propio paciente, la que recurre al mismo a la hora de formular sus pretensiones.

Sin embargo, esta aplicación orientativa no es siempre sencilla, ya que las intrínsecas características del daño sanitario plantean una serie de dificultades a las partes implicadas en una reclamación de responsabilidad civil sanitaria a la hora de valorar el daño y fijar el importe a indemnizar.

Es un hecho que en este ámbito es complejo llegar a acuerdos transaccionales incluso en los supuestos en los que la responsabilidad clara. Y es que en la práctica encontramos sentencias muy dispares a la hora de valorar supuestos casi idénticos y ello sin duda propicia el alejamiento de las pretensiones que las partes intervinientes persiguen.

En mi experiencia en no pocos casos se crean expectativas muy alejadas en los abogados que defienden al perjudicado y al profesional médico, y por ello finalmente optan por acudir al juzgado en lugar de llegar a un acuerdo, con el consiguiente perjuicio para las partes, que contemplan cómo se alargan en el tiempo estos procesos.

La creación de un sistema específico de valoración del daño sanitario, de aplicación obligatoria, daría sin duda lugar a una mayor agilidad en la determinación y cobro de las indemnizaciones, reduciendo la litigiosidad en beneficio de todas las partes implicadas.

Voy a hacer referencia a continuación a algunos aspectos, que están creando complicaciones a la hora de valorar el daño en el ámbito sanitario y que de nuevo ponen

dante la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

- 5 A modo de ejemplo, entre otras muchas, la STS 382/2017, de 25 de mayo, que a su vez se hace eco de la STS 314/2012, de 20 de abril, recuerda como “La aplicación de los criterios cuantitativos del Baremo legal, inicialmente relativo a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid. por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de Febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de Septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de Julio de 2007) y, por supuesto, el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de Abril de 2000, entre muchas otras), con base en señaladas razones como las de igualdad de trato, seguridad jurídica, predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras, no deja de serlo con efectos meramente orientativos”.

en evidencia la necesidad de contar con un baremo sanitario específico, como por otro lado ya prevé la actual Ley 35/2015 en la Disposición adicional tercera, cuando dispone: *“El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”*.

Algunas de estas cuestiones, como las dos primeras que se expondrán a continuación dan lugar al mencionado alejamiento entre las posiciones de demandante y demandado, pero existen además otras cuestiones de carácter médico y jurídico que también dificultan su aplicación orientativa.

III.- ¿BAREMO ANTIGUO / BAREMO NUEVO?

Tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015, por la que se modifica el baremo de valoración del daño corporal para accidentes de tráfico, se han incrementado los procedimientos en los que se discute si, en el caso de reclamaciones ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, debe aplicarse el antiguo o el nuevo baremo de tráfico.

Para el caso de accidentes de automóviles, en los que éste es de aplicación obligatoria, es habitual que el nuevo baremo se aplique sólo a los accidentes ocurridos con posterioridad a 1/1/2016 en virtud de lo establecido por el art. 6 de la Ley 35/2015 y en aplicación de la jurisprudencia existente sobre la materia⁶.

Sin embargo, en el caso de supuestos de responsabilidad sanitaria, se están dictando sentencias de signo muy diverso. Así, aunque la tendencia tras las últimas resoluciones del Tribunal Supremo (especialmente tras la STS 597/2021⁷) es la de consi-

6 Esta doctrina ha sido recogida por las SSTS de 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02; 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02; 10 de julio de 2008, RC n.º 2541/03; 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04; 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04; 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04; 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004; 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006; 5 de mayo de 2010, RC n.º 556/2006; 17 de noviembre de 2010, RC n.º 1299/2007; 22 de noviembre de 2010, RC n.º 400/2006; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006; 9 de febrero de 2011, RC n.º 2209/2006 y 19 de mayo de 2011, RC n.º 1783/2007

7 STS 597/2021, 13 de Septiembre de 2021: *“Tal proceder conduce a que el recurso deba ser estimado, en tanto en cuanto no cabe la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva,*

derar que el nuevo baremo no puede aplicarse de forma retroactiva a expedientes ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2015, hemos tenido ocasión de ver sin embargo algunas sentencias (incluso alguna reciente dictada por alguna Audiencia Provincial) que con desiguales razonamientos aplican el nuevo baremo a supuestos ocurridos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor (1 de enero de 2016)⁸ y ⁹.

y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño, la primera para determinar la valoración económica de los puntos y la segunda para fijar la puntuación de la secuela padecida, cuando lo procedente y, además lo acordado por la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, es que el baremo aplicable era el vigente en 2014, data del acto ilícito y del alta médica con secuelas, que no puede ser fraccionado mediante la aplicación de dos disposiciones normativas vigentes en periodos temporales sucesivos.

En el sentido expuesto, en la sentencia 460/2019, de 3 de septiembre, declaramos al respecto: “Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia”. Lo expuesto lleva a la estimación de este motivo”.

- 8 SAP Madrid de 13 de junio de 2023 (Sección 25^a). La citada sentencia aplica el Nuevo Baremo a hecho ocurridos en mayo de 2015 indicando en su fundamento jurídico quinto: *“La aplicación obligatoria del baremo, Ley 35/2015 de 22 de septiembre, se limita al ámbito de los accidentes de circulación, pero no cuando el daño se produce en la esfera sanitaria, criterio de esta sección expresado en la sentencia de 3 de marzo 2020, donde la falta de norma específica de aplicación permite emplear aquél como referencia como así lo establece la Disposición adicional tercera “El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”, sin que sea asumible la aplicación preferente, como solicitó la demandada del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por su vigencia temporal en el momento del parto, por no estar ante norma de aplicación y considerar más ajustada la valoración contenida en la Ley 35/2015 por mayor detalle y precisión para cuantificar los perjuicios”.*
- 9 SAP Las Palmas de 22 de diciembre de 2022 (Sección 1^a). En este procedimiento el juzgador de primera instancia optaba por aplicar el nuevo baremo a un siniestro ocurrido en 2008 con el siguiente argumento: *“Pues bien hemos de indicar que está claro que las lesiones y secuelas, y la cuantificación de las mismas, ha de valorarse conforme al baremo aplicable al tiempo del dictado de la sentencia, con la finalidad de resarcir, el daño real, al tener la indemnización la consideración o naturaleza de deuda valor y no de deuda dinero”.*

La Audiencia, ratificaba la sentencia dictada en primera instancia y consideraba aplicable el nuevo baremo a pesar de que se tratara de hechos ocurridos ocho años antes de su entrada en vigor,

A modo de ejemplo se reproducen a pie de página algunos fragmentos de dos recientes resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid y la de las Palmas respectivamente, que aplican el nuevo baremo a supuestos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

El hecho de aplicar uno u otro baremo no es cuestión baladí. En efecto aplicar el nuevo o el anterior a 2016, puede dar lugar, sobre todo en los supuestos más graves, a valoraciones e indemnizaciones absolutamente dispares. Uno de los ejemplos más llamativos lo encontramos en la valoración del daño cerebral sufrido como consecuencia de hipoxia intraparto. Así este tipo de supuestos que hace pocos años daban lugar a resarcimientos comprendidos entre los trescientos mil euros y un millón doscientos mil euros, dependiendo de la entidad del caso, actualmente dar lugar a condenas por cuantías mucho más elevadas, llegando incluso a triplicarse en algunos casos.

Para ser conscientes de la magnitud de cuantías de las que responden las aseguradoras de responsabilidad civil en estos casos, voy a referirme a una reciente sentencia en la que se condenó a la compañía al pago de algo más de un millón medio de euros. Además de esta cantidad la aseguradora fue condenada al pago de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, lo que comportó que la condena se incrementase hasta 6'5 millones de euros; es decir, más de un 300% de la indemnización a satisfacer.

Unido a ello es importante tener en cuenta también que en este ámbito transcurre una media de cinco o seis años desde el momento en que ocurren los hechos hasta que se dicta sentencia, debido a diversas cuestiones, como el hecho de que los pacientes casi nunca interponen la reclamación de forma inmediata.

Estas circunstancias entre otras, están motivando que en la actualidad, el ramo de responsabilidad civil viva momentos de incertidumbre, abandonando algunas compañías el aseguramiento de la responsabilidad civil sanitaria, cursando la baja de la

afirmando respecto al criterio del Juzgado de primera instancia que *“Esta Sala lo comparte sin necesidad de agregar ni suprimir nada, más aún cuando se refiere cada una de las específicas circunstancias que son tenidas en cuenta para dar cumplida respuesta a tal finalidad”*. La Audiencia tuvo en cuenta lo siguiente: *“Tratándose de unos gravísimos resultados lesivos sufridos por una recién nacida y su carácter permanente durante toda la vida de la todavía menor de edad, sin olvidar la enorme trascendencia que la situación lesiva generada va a tener en la víctima y en su familia mas directa, resulta evidente la imposibilidad de total reparación de tan dramática consecuencia”*.

póliza a profesionales que hasta entonces estaban asegurados, lo cual hace que se pueda poner en peligro la necesaria estabilidad en el aseguramiento de una actividad tan esencial como es la sanitaria.

IV.- CASUÍSTICA EN LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL “BAREMO DE TRÁFICO” A SUPUESTOS DE DAÑO SANITARIO

Es cada vez más habitual la aplicación del baremo de automóviles a supuestos de responsabilidad civil, como es la responsabilidad civil sanitaria y ello en la práctica da lugar a la fijación de indemnizaciones muy diferentes para supuestos idénticos.

Así en algunos casos el baremo de tráfico se aplica de forma íntegra, en otros la indemnización resultante de aplicar el baremo se complementa con otros importes, normalmente en concepto de daño moral¹⁰ y en algún caso nos encontramos con sentencias que contemplan cantidades a tanto alzado que pueden apartarse de forma total o parcial del baremo de tráfico.

Como he mencionado anteriormente, el hecho de que puedan dictarse resoluciones tan diferentes dependiendo de la forma en la que el Juez decida aplicar “*orientativamente*” el baremo va a dificultar en la práctica la consecución de acuerdos amistosos y va a propiciar que se acuda a la vía judicial para determinar la cuantía a indemnizar, incluso en supuestos en los que no hay dudas respecto a la responsabilidad.

Si nos adentramos en el origen, la entidad y la evolución de las lesiones en el ámbito sanitario, éstas son mucho más variadas que en los supuestos de accidentes de circulación. Así muchas de las secuelas recogidas en las tablas del baremo de automóviles son de origen traumatológico, y ello hace que en el día a día los peritos que evalúan casos en el ámbito sanitario sea vean obligados a hacer verdaderos ejercicios de flexibilidad para poder emitir su informe y valorar el daño.

10 Vease a modo de ejemplo en este sentido la STS 458/2019 de 9 de octubre que justifica así la fijación de una indemnización extra en concepto de daño moral que se adiciona a la indemnización resultante de aplicar el baremo: “*En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y por tanto inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007 de 28 de noviembre)*”.

En mi opinión determinadas lesiones específicas del ámbito sanitario requerirían de un tratamiento específico para su valoración. Me refiero entre otros, al daño cerebral del recién nacido por hipoxia intraparto, el daño sexual, la especificidad del daño estético, o las enfermedades genéticas, que por las características concretas que presentan, por la entidad y gravedad del daño y por las consecuencias socio-familiares que producen, sería deseable que tuviesen un tratamiento específico y diferenciado.

Como ejemplo, en la actualidad para valorar el daño cerebral del recién nacido, se tienen en cuenta en muchos casos, las tablas de valoración y los perjuicios estipulados para grandes lesionados de accidentes de tráfico. Sin embargo, tanto las características de las lesiones sufridas por el recién nacido, como su tratamiento y evolución, son muy diferentes. Se trata de niños que sufren diversas patologías (ej. daños de origen neurológico), con una esperanza de vida y unas necesidades también muy diferentes.

Otros supuestos como la pérdida del feto, o determinados errores diagnósticos susceptibles de dar lugar a la interrupción voluntaria del embarazo, deberían a mi juicio tener también un tratamiento definido y distinto al que reciben en las tablas del baremo de tráfico.

En el día a día en esta materia, nos encontramos constantes ejemplos de secuelas que se producen en el ámbito de la asistencia sanitaria, que sin duda requerirían de un tratamiento específico.

V.- LA INCIDENCIA DEL ESTADO PREVIO DEL PACIENTE

El estado previo del paciente incide de forma especial en el caso del daño sanitario. El paciente que sufre daños como consecuencia de una defectuosa prestación de los servicios sanitarios no es un sujeto sano, sino una persona que sufre una patología determinada. Por ello se hace imprescindible, a la hora de valorar el daño, moderar la indemnización en la medida en que la patología previa ha podido incidir en el resultado dañoso.

En el día a día la importancia de valorar el estado previo del paciente en el ámbito del daño sanitario, pues en muchos supuestos observamos las distorsiones y agravios comparativos que pueden producirse como consecuencia de la aplicación automática del baremo de automóviles en supuestos de daño sanitario, poniendo en evidencia una vez más la necesidad de utilizar criterios de valoración específicos,

que van mucho más allá de la simple aplicación de la fórmula prevista por el art. 100 de la Ley 35/2015 respecto a las secuelas agravatorias¹¹.

En definitiva, se trata de discernir qué parte del daño se ha producido como consecuencia del acto sanitario enjuiciado y qué parte a preexistente o se produce como consecuencia del proceso lógico y normal de una determinada patología.

VI.- VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN SUPUESTOS DE “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”.

Los supuestos de daño sanitario que requieren para su valoración la aplicación de la teoría de la “*pérdida de oportunidad*” dan lugar también a pronunciamientos judiciales muy heterogéneos.

La teoría de la pérdida de oportunidad, que tiene su origen en la doctrina francesa (“*perte de chance*”) y que en nuestro país se ha asentado a través de la jurisprudencia, se aplica en aquellos supuestos en los que el error profesional del sanitario no es la causa inequívoca del daño producido.

El ejemplo más habitual en este ámbito es el retraso en el diagnóstico de una determinada enfermedad que, de haberse realizado de forma correcta, hubiera dado lugar a una mayor probabilidad de recuperación al paciente.

En estos casos el daño es mucho más difícil de valorar y determinar para un Juez, que no puede limitarse a constatar y valorar la existencia de un daño, sino que debe moderar la indemnización, sobre el cálculo de las probabilidades de curación del paciente.

Así en un supuesto en el que se hubiera producido el fallecimiento de un paciente y el médico que lo trataba hubiera incurrido en un error diagnóstico (ejemplo retraso en la detección de un tumor maligno), para el cálculo de la indemnización debiera

11 Artículo 100 Ley 35/2015:

Secuelas agravatorias de estado previo.

1. La secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella.
2. En defecto de tal previsión, la puntuación es la resultante de aplicar la fórmula:

$$(M - m) / [1 - (m/100)]$$

Donde “M” es la puntuación de la secuela en el estado actual y “m” es la puntuación de la secuela preexistente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la unidad más alta.

estimarse qué posibilidades de supervivencia hubiera tenido ese mismo paciente de haber sido correcto el diagnóstico en el momento en el que lo realiza, y moderar la cuantía indemnizatoria sobre la base de ese porcentaje probabilístico.

Realizar esta valoración no es algo sencillo ya que el daño lo constituye, esa oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, conforme a las máximas de experiencia, y no el total perjuicio que afecta a ese paciente. No hay incertidumbre sobre lo que ocurrió, sino sobre lo que podría haber ocurrido si la actuación de profesional sanitario hubiera sido diferente. Se trata por tanto de un daño abstracto basado en un cálculo de probabilidades (causalidad probabilística)¹².

Nuestra jurisprudencia viene aplicando de forma reiterada la teoría de la pérdida de oportunidad. A modo de ejemplo podemos citar algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo:

STS de 28 de octubre de 2015: *“...En relación con esta cuestión ha de advertirse que como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 3 de julio de 2012 (recaída en el recurso 6787/2010) la pérdida de oportunidad viene caracterizada por la posibilidad de que de haberse llevado a cabo una actuación omitida el resultado hubiese podido ser otro”*.

STS de 19 de octubre de 2011: *“La llamada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo...”*.

La STS de 3 de diciembre de 2012 al definir el criterio de cuantificación del daño empleado en un supuesto de pérdida de oportunidad, afirma lo siguiente: *“En definitiva, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la lex artis, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 en recurso de casación 3056/2008 , 3 de mayo de 2012 en recurso de casación 2441/2010 , y 16 de mayo de 2012 en recurso de casación 1777/2010), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la*

12 GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Thomson Reuters. Abril 2016. Pág. 535 y ss.

actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

Ante la dificultad que presenta la valoración del daño en supuestos de pérdida de oportunidad sería conveniente que se utilizaran criterios homogéneos para su evaluación.

VII.- VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN SUPUESTOS DE AUSENCIA DE INFORMACIÓN AL PACIENTE

La ausencia de información al paciente o la información insuficiente, inadecuada o defectuosa, antes de ser sometido a un tratamiento sanitario o intervención quirúrgica da lugar a un gran número de reclamaciones en nuestro país.

La jurisprudencia¹³ y la doctrina¹⁴ consideran que la falta de información constituye en sí misma mala praxis, pero ¿Cómo se está valorando el daño en estos supuestos?

Los pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión son múltiples y las soluciones que se dan a supuestos parecidos muy dispares¹⁵. Así junto a supuestos en los que la jurisprudencia es unánime, existen otra serie de casos en los que las soluciones son muy variadas.

De forma sucinta podemos decir que pueden darse cuatro situaciones diferentes para supuestos en los que el profesional sanitario puede recibir una reclamación de responsabilidad civil profesional por falta de información o por inadecuada información.

13 STS 2 de octubre de 1997 (Ponente Sr. Sierra Gil): *“un elemento esencial de la lex artis ad hoc es informar al paciente”*. En la misma línea y entre otras muchas las SSSTS de 29 de mayo y 23 de julio 2003, SSTS de 25 de abril 1994, 11 de febrero y 2 de octubre 1997, 24 de mayo de 1999, 21 de diciembre de 2005, 10 de mayo, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2006, 17 de junio de 2015, etc.

14 GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Thomson Reuters. Abril 2016. Pág. 621 y ss.

15 SARDINERO GARCIA, Carlos.- Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. Pág. 272 *“Así en nuestra investigación, profundizando un poco más sobre esta polémica hemos llegado a contabilizar hasta ocho formas de resolver la falta de consentimiento informado”*.

1. *Supuestos en los que el paciente es sometido a un determinado tratamiento sin contar con la información necesaria y no sufre sin embargo daño alguno como consecuencia de tratamiento que se aplica sin incidencias.*

En estos casos la jurisprudencia estima que no deben dar lugar a indemnización alguna.

Se considera que no existe un daño indemnizable autónomo por falta de consentimiento informado cuando el paciente no sufre daño personal ni material alguno¹⁶.

2. *Supuestos en los que el paciente es sometido a un determinado tratamiento sin contar con la información necesaria y sufre alguna complicación inevitable e inherente al tratamiento sanitario aplicado.*

La jurisprudencia mayoritaria considera que en estos casos, en los que los daños se producen a pesar de que la técnica empleada es conforme a la buena praxis, estas lesiones han de ser indemnizadas, si bien debe moderarse el importe a indemnizar.

En este caso se parte de la base de que el contenido de la información transmitida al paciente puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por los riesgos que la misma entraña.

Así la jurisprudencia mayoritaria considera que *“el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber omitido la información previa al consentimiento”*¹⁷.

Pero las soluciones que se dan a estos casos son diferentes. Algo que explica muy bien esta misma sentencia cuando tras enumerar tres posibles soluciones¹⁸ se decanta por conceder una determinada indemnización a tanto al-

16 STS 26-03-2002: “no se olvide que, independientemente de que se haya informado correctamente o no a la paciente, si no se ha acreditado la existencia de una lesión, ni la relación de causalidad, no puede hacerse recaer en la falta de consentimiento el hipotético daño producido”. En este mismo sentido STS de 10/10/2007, STS DE 1/2/2008 Y 19/6/2008, STS 20/05/2011, etc.

17 STS 101/2011 DE 4/3/2011.

18 Así la STS 101/2011 de 4 de marzo antes citada hace referencia a tres posibles soluciones empleadas por la jurisprudencia para valorar el daño en estos supuestos y determinar la indemnización:

zado en concepto de daño moral, calculada sobre la base de las secuelas padecidas.

En mi experiencia personal, a través de un estudio realizado en A.M.A, la Mutua de los profesionales sanitarios, hemos podido comprobar como en este tipo de procedimientos, en primera instancia los tribunales tienden a conceder indemnizaciones por el total daño ocasionado al paciente (sin moderarlo), mientras las audiencias provinciales y en especial el Tribunal Supremo tienden a moderar la cuantía, valorando una cantidad a tanto alzado en concepto de daño moral, o un resarcimiento consistente en un porcentaje del daño causado, calculado en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, que mencionamos anteriormente.

Sin olvidar aquellas resoluciones cada vez más frecuentes, que inspiradas en la STS 948/2011 de fecha 16/1/2012 moderan la indemnización concediendo el 50% del daño causado y acreditado¹⁹ sin entrar a hacer valoraciones (no siempre sencillas) para tratar de fijar un porcentaje más preciso y acorde con el daño real causado en cada caso.

3. *Supuestos en los que el paciente sufre determinados daños como consecuencia de la mala praxis sin que hubiera sido informado además con carácter previo sobre las características y riesgos del tratamiento sanitario o intervención quirúrgica realizada*

Este tipo de casos suelen resolverse mediante el dictado de resoluciones en las que se resarce el daño efectivamente causado, aunque no son infrecuentes

(i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir esta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

(ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

(iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso).

19 STS 948/2011 de 16/01/2012. Ponente: Seijas Quintana.

las demandas que solicitan el pago de indemnizaciones en concepto de daño moral independiente. La inmensa mayoría de las sentencias no considera la posibilidad de indemnizar la falta de información como daño moral autónomo.

Como hemos visto las resoluciones son múltiples y dispares y la jurisprudencia también variada. Esto crea una vez más expectativas alejadas entre la parte demandante y la parte demandada, dando lugar a un elevado índice de judicialización, que en el caso de la profesión médica se sitúa en un 84% las reclamaciones que se ventilan por la vía judicial.

Este dato es sin duda muy elevado y genera alto coste emocional en el médico, afectando en muchos casos no sólo al área personal, sino también a la vocación profesional.

En cualquier caso, y como ya hemos comentado, no podemos olvidar que determinar la existencia de responsabilidad en este ámbito es en muchos casos complejo por la propia especificidad de la materia sanitaria, que la responsabilidad que se exige al médico es subjetiva y no objetiva, y que en muchas ocasiones resulta inevitable acudir a procedimientos judiciales para determinar si existe o no responsabilidad.

VIII.- CONCLUSIONES

El sector sanitario viene demandando desde hace ya años la creación de un baremo específico de daño sanitario²⁰. Sin embargo a pesar de los esfuerzos realizados que se plasmaron en la elaboración de un *“Anteproyecto de Ley reguladora del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas con ocasión de la actividad sanitaria”*²¹, elaborado por un Comité de Expertos, que trabajó durante años en este proyecto, el proceso legislativo quedó paralizado en 2019, sin que se haya vuelto a reactivar durante la última legislatura²², a pesar de que el sector continúa insistiendo en la necesidad de contar con un baremo sanitario específico^{23,24,25}.

20 SANCHEZ FIERRO, Julio. El baremo de daños de origen sanitario. Revista Española de la Función Consultiva ISSN: 1698-6849, núm. 21, enero-junio (2014), págs. 247-260.

21 <https://www.grupoaseguranza.com/noticias-de-seguros/diego-murillo-m-vuelve-pedir-baremo-especifico-danos-sanitarios>

22 El baremo sanitario, en el aire y los problemas del seguro en el suelo. Diario médico 2019. <https://www.diariomedico.com/medicina/politica/el-baremo-sanitario-en-el-aire-y-los-problemas-del-seguro-en-el-suelo.html>

Situaciones diferentes como las que surgen en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, deben a mi juicio tratarse de forma específica, y más adaptada a las necesidades reales de una actividad tan trascendental para nuestra sociedad como es la sanitaria, de hecho y como ya hemos mencionado el baremo de tráfico, se considera como base para una futura regulación del daño sanitario, y así se reconoce en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 35/2015 que señala textualmente que: *“El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”*.

Y por ello parece razonable y aconsejable contar con un baremo específico para el daño sanitario, que sea de aplicación obligatoria pues:

En primer lugar, se dotaría al sistema de la necesaria seguridad jurídica. Se reduciría el número de reclamaciones que se resuelven judicialmente, creándose un contexto mucho más propicio para la consecución de acuerdos extrajudiciales en los casos en que exista responsabilidad, lo cual conllevaría agilidad en la determinación y cobro de las indemnizaciones.

Además, se establecería un entorno de estabilidad para el ámbito asegurador, lo cual es muy importante. A veces se nos olvida que el seguro tiene una función social y que determinadas profesiones y actividades económicas no se podrían ejercer sin una correcta gestión del riesgo.

También contribuiría (en atención a la disparidad de resoluciones judiciales que hemos mencionado) a que el profesional sanitario conozca qué capital ha de contratar en su póliza de responsabilidad civil profesional, en función al riesgo de la actividad y especialidad que desarrolle.

No podemos olvidar que el seguro de responsabilidad civil profesional sanitaria ha vivido momentos convulsos en los últimos años. Algunas compañías aseguradoras

23 AMA destaca los beneficios de un baremo específico de daños sanitarios. La Razón 24 de octubre de 2019: <https://www.larazon.es/atusalud/salud/ama-destaca-los-beneficios-de-un-baremo-especifico-de-danos-sanitarios-HB25425323/>

24 Diego Murillo (AMA) vuelve a pedir un baremo específico de daños sanitarios.- Grupo Aseguranza.-18 de noviembre 2022. <https://www.grupoaseguranza.com/noticias-de-seguros/diego-murillo-m-vuelve-pedir-baremo-especifico-danos-sanitarios>

25 Murillo Solis, Raquel, “El baremo sanitario permitiría al profesional sanitario trabajar con la debida tranquilidad y contar con las garantías necesarias en el ejercicio de su profesión.” La Voz de Galicia, 06/04/2019.

que operaban tradicionalmente en el mercado se han visto obligadas a abandonar este ramo y determinadas comunidades autónomas se han enfrentado a serias dificultades para poder contratar sus seguros de responsabilidad civil sanitaria.

Es de esperar que el baremo sanitario vea la luz próximamente. Pero mientras esto ocurre, debe hacerse un trabajo de reflexión para mejorar la valoración del daño sanitario con los instrumentos y las herramientas de las que disponemos. Debemos trabajar en la prevención y seguridad del paciente, y también en la formación de todos los operadores del ámbito sanitario, pues se trata de una cuestión que tiene repercusiones importantes y directas para el sistema sanitario en su conjunto.

Y quiero terminar recordando las palabras de Don Diego Murillo, Presidente de A.M.A., que decía a este respecto: *“la aprobación de un Baremo específico para daño sanitario, es sin duda alguna una de las grandes asignaturas pendientes de nuestra Sanidad”*.

IX.- BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Thomson Reuters. Abril 2016.
- POMARES BARRIOCANAL, Juan Antonio. Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico. Ed.Dykinson. Madrid 2018.
- SANCHEZ FIERRO, Julio. El baremo de daños de origen sanitario. Revista Española de la Función Consultiva ISSN: 1698-6849, núm. 21, enero-junio (2014)
- SARDINERO GARCIA, Carlos. Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

GLOSARIO

- CC: Código Civil
- LCS: Ley de contrato de Seguros
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LOPS: Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
- RCP: Responsabilidad Civil Profesional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- VDC: Valoración del Daño Corporal

EL MÉDICO ANTE ESCENARIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Ofelia De Lorenzo Aparici

Abogada.

Presidenta de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

Cuando nos referimos a escenarios de resolución extrajudicial, nos remitimos a los escenarios que jurídicamente se pueden crear a través de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC) o como en la actualidad se definen en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia¹, Métodos Adecuados de Solución de Controversias (cuya definición encontramos en su artículo 1.1 *“se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”*).

En la práctica son múltiples; conciliación, negociación, mediación, arbitraje, entre otros, siempre en función de lo que acuerden las partes y permita la normativa, resaltando que en todos esos escenarios los MASC sin duda y en la práctica han demostrado ser instrumentos muy eficaces para humanizar el conflicto sanitario y reforzar la relación médico-paciente.

Con respecto a la respuesta normativa que han tenido los MASC desde la perspectiva de nuestro Derecho Constitucional, indicar que ya en la Constitución de 1812, concretamente en su artículo 280 *“no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”*, contaban con un importante reconocimiento.

No tan expresiva ha sido nuestra vigente Constitución, pero tampoco su artículo 117.³ implica exclusividad de los Juzgados y Tribunales en la resolución de cualquier tipo de conflicto ni tampoco el artículo 24.1 lo establece cuando reconoce el derecho de *“todas las personas a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”*.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, durante años, la solución extrajudicial de conflictos individuales o colectivos, jurídicos o de intereses, ha adolecido de escasa efectividad, debido a razones organizativas, técnico-jurídicas y de insuficiente normativa.

La trayectoria de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito sanitario, es relativamente corta no obstante su efectividad, se va abriendo

1 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

2 *“3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*.

camino poco a poco y los resultados obtenidos a través de experiencias son muy alentadores.

Empezar recordando una iniciativa pionera del Colegio de Abogados de Madrid, surgida en 1999 de manos del jurista Ricardo De Lorenzo³. Se trataba de un nuevo Reglamento de la Corte de Arbitraje, que contemplaba la creación, de una Sección especializada en materia de Responsabilidad Civil Sanitaria.

Era este un Tribunal de Mediación, Conciliación y Arbitraje, compuesto por tres juristas de reconocido prestigio y experiencia en Derecho Sanitario, dos representantes de las organizaciones de consumidores y usuarios (uno estatal y otro autonómico), y dos miembros nombrados por las compañías aseguradoras de la responsabilidad profesional sanitaria.

Este Tribunal se constituyó como “última opción extrajudicial” a la que se podía acudir para resolver conflictos generados por daños sanitarios.

La iniciativa del Colegio de Abogados de Madrid contó con el apoyo de la Consejería de Sanidad, de la Defensoría del Paciente de la Comunidad de Madrid y el respaldo de Asociaciones de Pacientes.

Esta iniciativa, estaba ya en su momento, en plena sintonía con la normativa comunitaria y, en particular, con las Recomendaciones 98/257/CE y 1999/198/11, que impulsan la resolución amistosa de los litigios en el ámbito de la sanidad y consumo.

El fundamento de las citadas Recomendaciones, era evitar los obstáculos al consumidor cuando que quiera ejercer sus derechos ante los tribunales, destacando; 1) el coste de la consulta jurídica, los gastos judiciales y los gastos de consulta de expertos; 2) la duración de los procedimientos judiciales, y 3) barreras de carácter psicológico, debidas a la complejidad de unos procedimientos acusadamente formalistas y a las dificultades de comprensión que plantean.

Ante estas dificultades, desde las instancias comunitarias se postulaba por; 1) la simplificación y mejora de los procedimientos judiciales, 2) mejorar la comunicación entre usuarios y profesionales 3) establecer procedimientos extrajudiciales, que respondan a seis principios; al principio de independencia del órgano responsable de la solución del litigio, al principio de transparencia del procedimiento, al principio

3 <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/la-mediacion-en-el-espacio-sanitario-6953>

de eficacia; al principio de legalidad, al principio de libertad, y al principio de representación.

En esta misma dirección, la Resolución del Consejo de la UE de 25 de mayo de 2000 (2000/C155/01) invitaba a los Estados miembros a que utilicen instrumentos jurídicos dirigidos a la solución extrajudicial de conflictos.

Haciéndose eco de todo ello y tratando de reducir nuestros excesivos niveles de litigiosidad, en nuestro país en el año 2012 vio la luz la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que traspuso la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

Sin embargo, la Ley 5/2012 fue más allá de impulsar la mediación en conflictos transfronterizos, ya que vino a establecer el régimen general de la mediación en España. Así lo hizo en base al mandato contenido en la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

El modelo de mediación se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, se prevé que pueda alcanzar la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública.

El marco flexible que procura la Ley 5/2012, pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su uso como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes.

La Ley 5/2012 se circunscribe al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, desarrolla cuatro cuestiones esenciales de la repetida Ley 5/2012; la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia, el aseguramiento de su responsabilidad, y la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

En otros órdenes jurisdiccionales, como es el administrativo, la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, abre la puerta

a los sistemas de resolución extrajudicial en el ámbito sanitario con la introducción del párrafo 5⁴ en su artículo 86.

El modo normal y más habitual de finalización de un procedimiento administrativo es el acto administrativo definitivo o resolución del mismo, pero también puede concluir de manera pactada, por desistimiento, por renuncia del solicitante, o por caducidad.

Las Administraciones Públicas, con carácter general, pueden, en efecto, celebrar acuerdos, pactos o convenios con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción (ius cogens o de indisponibilidad), pudiendo tales actos cumplir función finalizadora de los procedimientos, así se recoge explícitamente en el artículo 86⁵ de la citada norma.

La diferencia sustancial entre la terminación del procedimiento a través de una resolución o la terminación convencional es que en el primer caso se trata de una ac-

-
- 4 *5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.*
- 5 *1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*
- 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados*
- 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*
- 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.*
- 5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.*

ción unilateral de la Administración, mientras que en el segundo estamos en presencia de un acto de consenso, un concurso de voluntades, entre aquella y un ciudadano.

Por su parte el artículo 22. 1. f)⁶ de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prevé la posibilidad de suspender el plazo máximo para resolver cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo en los términos previstos en el artículo 86. En conclusión, conforme al citado articulado, la posibilidad de resolución extrajudicial en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria resulta plenamente viable en vía administrativa, no suponiendo el procedimiento de resolución de conflictos alteración alguna en las atribuciones de los órganos administrativos.

Otro sistema de resolución extrajudicial es el arbitraje cuya regulación encontramos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en cuyo artículo 2.1 establece que *“son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”*. No obstante, lo anterior, el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC) según el artículo 2.2 esta excluida *“la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”*.

En materia de responsabilidad profesional ciertamente el cambio más importante de orientación lo ha constituido el régimen de responsabilidad objetiva consagrado en la Ley General de Consumidores y Usuarios lo ha constituido el régimen de responsabilidad objetiva consagrado en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias a dicha normativa el paciente actuaría como usuario (artículo 3⁷) y el centro sanitario como

6 f) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

7 1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.
Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

empresario (artículo 4⁸). No obstante, a pesar de que la normativa de consumidores y usuarios establece la consideración de que empresario es toda persona física y jurídica, atendiendo a la jurisprudencia aplicable a la materia, no podría entenderse como empresario los profesionales sanitarios en cuanto que la obligación de los mismos es de medios y no de resultados y la culpa es un elemento básico de imputación de la responsabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala 1ª 22-09-10; 29-10-10).

En esta línea señala el Tribunal Supremo que la responsabilidad al amparo de la normativa de consumidores y usuarios solo puede proyectarse sobre aspectos organizativos o funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables a los actos sanitarios propiamente dichos (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala 1ª 5-01-07, EDJ 2680) ya que a los mismos resultaría de aplicación los criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Desde la perspectiva de nuestro sistema sanitario, la implantación de los Métodos Adecuados de Solución de Conflictos (en adelante MASC), como sistemas alternativos de resolución de conflictos sanitarios, en las organizaciones sanitarias, tiene su razón de ser que la ética y los valores son siempre los principios que deben regir el funcionamiento de nuestro sistema sanitario.

En el sector sanitario, se debe fomentar la comunicación, la información, la escucha activa, la confidencialidad, la intimidad, la prevención y la gestión de conflictos que se pueda generar durante la asistencia sanitaria.

Políticamente hay consenso en que debemos promover la transparencia, buen gobierno y buenas practicas dentro del sistema sanitario y la idea de responsabilidad ante los ciudadanos (dación y rendición de cuentas).

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

- 8 *“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*

Actualmente nos encontramos en un contexto donde existe un déficit de sanitarios y un exceso de demanda sanitaria, al final esto en la practica y en materia asistencia se traduce en un escenario muy propicio para que puedan surgir continuas diferencias que sí no se gestionan adecuadamente pueden acabar en conflicto judicial.

Desde la perspectiva de la seguridad del paciente, el Comité de Bioética de España en su informe de fecha 28 de abril del 2021 sobre aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos⁹, comienza con una cita de Liam Donaldson, Chief Medical Officer of England *“Errar es humano. Ocultar los errores es imperdonable. No aprender de ellos no tiene justificación”*.

Informar al paciente cuando acontece un incidente y/o error tiene su justificación en los artículos 2.6¹⁰ y 4.1¹¹ y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Pero la realidad y en la practica al final ante un incidente o evento adverso que conlleve un daño, poca o ninguna información se proporciona al paciente, siendo únicamente cuando el conflicto se encuentra judicializado cuando el paciente, y ya en sede judicial, es donde recibe una explicación de lo acontecido.

El origen de esta postura de no informar, reconocer y gestionar el conflicto es una forma de expresión de la denominada medicina defensiva¹².

9 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. Puede accederse al contenido completo del Informe a través de la página web del Comité de Bioética de España. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20Seguridad%20Paciente.pdf>. Último acceso el 4 de septiembre del 2023.

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

11 *“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”*

12 CRUZ VALIÑO, A, *“Medicina Defensiva aproximación conceptual”*, Editorial Comares 2021

No obstante, en la actualidad, la experiencia que más adelante se procederá a analizar nos ha enseñado que reconocer los errores, pedir disculpas, crear y revisar protocolos para evitar que vuelvan a acontecer dichos errores y ofrecer una solución indemnizatoria cuando proceda, son sin duda, conductas que mejoran y refuerzan la relación médico-paciente, a la vez que disminuyen el coste emocional, legal y las reclamaciones judiciales.

A nivel internacional¹³ algunas experiencias que podemos citar en materia de resolución extrajudicial de conflictos en derecho sanitario, son entre otras, en Chile, con la Ley 19.966, publicada en el 2005 que introduce la mediación sanitaria como obligatoria y requisito previo a la vía judicial, en Hungría cuentan con una legislación específica sobre mediación sanitaria, pero su aplicación práctica es poco conocida y en México, en el año 1996, se creó una Comisión de Arbitraje Médico para resolver quejas.

En España, hay diversidad de experiencias tanto de carácter colegial, como administrativo y como privado.

En primer lugar, los servicios de atención al usuario, los cuales actuación como servicios de conciliación sanitaria¹⁴, cumplen una importante función informativa y de asesoramiento, tramitando quejas y reclamaciones. En algunas Comunidades Autónomas incluso se les ha atribuido funciones adicionales de intermediación en las reclamaciones formuladas por pacientes, que van más allá de la mera tramitación de las mismas. En Castilla la Mancha se aprobó un Plan Director de Seguridad Corporativa y Protección del Patrimonio de su Servicio de Salud PLAN PERSEO, en cuyo seno se regula un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales. En Valencia, la Orden 26 de marzo del 1991 de Servicios de Atención al Usuario reconoce a los mismos, la posibilidad de formular propuestas de mediación cuando la naturaleza del asunto así lo permita. En Cantabria, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria atribuye a la Unidad de Atención al Usuario del Sistema Autonómico de Salud de Cantabria la misión de *“favorecer la intermediación en los conflictos que plantean los ciudadanos como usuarios del Sistema Autonómico de Salud”*

13 CAYON DE LAS CUEVAS, J “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro”.

14 CAYON DE LAS CUEVAS, J, “Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica”.

Igualmente debemos citar al Defensor del Paciente. La Comunidad de Madrid a través de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de Madrid, en su artículo 36 (ahora derogado) creó el Defensor del Paciente como un órgano de encargado de gestionar las quejas y reclamaciones relativas a derechos y obligaciones de los pacientes. La Rioja, en su Decreto 1/2005 de 7 de enero, regula las funciones de intermediación que tiene el Defensor del Usuario del Sistema Público de Salud. En Extremadura, tenemos el Decreto 4/2003, de 14 de enero, regulador del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura, cuyo artículo 16.2 establece que el Defensor podrá formular una propuesta de mediación cuando la entidad del asunto así lo permita y sea aceptada por el usuario sanitario que presente la reclamación. El defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura se crea a través de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura, como un organismo encargado de la defensa de los derechos de los usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura, que desempeña sus funciones con plena autonomía e independencia.

Otra modelo sin duda de referencia fue la Oficina de mediación del Servicio Murciano de Salud¹⁵. Dicha Oficina se constituyó como centro de mediación a los efectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al objeto de potenciar la mediación como solución de conflictos entre los usuarios del Servicio Murciano de Salud y su entidad aseguradora de la responsabilidad civil patrimonial, cuando el usuario reclamante ejerza la acción directa contra la citada compañía aseguradora¹⁶.

En el ámbito de la sanidad privada, destacar como pionero al grupo hospitalario HM Hospitales, quien desde el año 2012 y a través de su Unidad Jurídico Interdisciplinar (UJI)¹⁷ tiene integrado dentro de su modelo de gestión integral de siniestros un sistema extrajudicial de resolución de conflictos¹⁸.

15 <https://mediacion.icav.es/wp-content/uploads/2018/01/RESOLUCI%C3%93N-BOP-OFICINA-MEDIACION-SANITARIA-MURCIA.pdf>

16 <https://www.murciasalud.es/oficina-de-mediacion-sanitaria>

17 https://www.lespanol.com/eventos/observatorio-de-la-sanidad-2023/20231005/mediacion-gana-fuerza-frente-judicializacion-medio-resolver-conflictos-sanitarios/799420482_0.html

18 <https://www.hmhospitales.com/prensa/noticias/intensa-participacion-de-hm-hospitales-en-el-xxvi-congreso-nacional-de-derecho-sanitario>

Por último, el Servicio de Coordinación de Conflictos (SCC) del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) que se puso en mayo del 2017¹⁹. A través del SCC se ofrecía al reclamante un procedimiento dirigido por un tercero neutral e independiente (especialista en pericia médica y especialista en derecho sanitario) en el que y durante la suspensión del procedimiento administrativo, se analizaba la viabilidad o no de la reclamación, proponiendo acuerdos cuando procediera.

Este modelo, el de la SCC, se asemejaba a otros modelos de resolución (ADR) implantados en los servicios públicos en la Comunidad de Madrid, como los sistemas de mediación laboral, familiar, arbitrajes de consumo, vivienda, transporte entre otros.

Dichos modelos, en la mayoría de los casos, siempre han contado con terceros expertos independientes, que aportan sus conocimientos técnicos para poder contribuir a la resolución del conflicto.

La viabilidad jurídica del SCC del SERMAS se encuentra en el articulado de la nueva Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

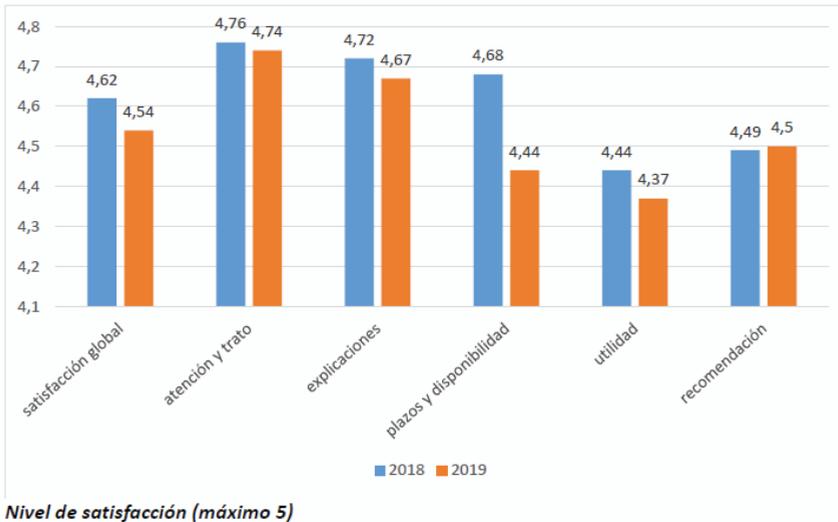
Los MASC requieren de una clara separación entre la fase de negociación y la fase administrativa o judicial para que prevalezca el principio de seguridad jurídica al administrado o al reclamante.

La fase de negociación, se debe enmarcar en un estricto respeto a los principios de confidencialidad entre las partes. Si el reclamante decide no aceptar el acuerdo en la vía negociadora, porque considera que no se ajusta a sus pretensiones reclamadas, y se continua el procedimiento administrativo, el expediente deberá instruirse íntegramente sin tener en cuenta lo acaecido en la vía anterior.

Los principios que regían dicho procedimiento eran; 1) Gratuidad: se configuraba como un procedimiento gratuito para el reclamante; 2) Voluntariedad: se trataba de un procedimiento voluntario para el reclamante; 3) Confidencialidad: el contenido de las reuniones entre el interesado y miembros de la SCC eran totalmente confidenciales y 4) Imparcialidad: el SCC será imparcial, no tomando partido por ninguna de las partes en conflicto, siendo objetivo en sus pronunciamientos sobre la viabilidad o no de las reclamaciones planteadas.

Reflejo de dichas cualidades de independencia y neutralidad son los datos objetivos publicados en la Memoria de actividad del SERMAS del año 2019, correspondientes

a las encuestas de satisfacción cumplimentadas por los reclamantes tras la finalización del procedimiento:



Señalar igualmente que dichas encuestas son el reflejo del proceso dialógico que se entablaba por parte de los miembros de la SCC con el reclamante y/o perjudicado, sus acompañantes (familiares y/o letrado) en el que siempre se comenzaba pidiendo disculpas por el conflicto asistencial e intentando tanto pericial como jurídicamente dar respuesta a la reclamación planteada, todo ello con independencia del resultado final, esto es alcanzar un acuerdo o no.

No obstante, sí que disponemos de las Memorias del Servicio Madrileño de Salud (2017, 2018 y 2019²⁰) que reflejan la actividad desplegada por el Servicio de Coordinación de Conflictos cuyos datos y gráficos a continuación transcribimos los de la Memoria del 2019:

	2018	2019
Expedientes iniciados	103	66
Expedientes finalizados	87	86
• Con acuerdo **	31	32
<i>Acuerdos SCC con indemnización</i>	22	27
<i>Acuerdos SCC sin indemnización</i>	9	5
• Sin acuerdo	43	35
• Por no aceptación / renuncia	13	19

** Se refiere a acuerdos cerrados con y sin indemnización.

Lo que sí que se constata tanto de los datos anteriormente referenciado, como del análisis de las reclamaciones tramitadas a través de este servicio (Memorias del Servicio Madrileño de Salud 2017, 2018 y 2019) es que desde el año 2017:

- a.- Más del 40% de los reclamantes alcanzaron un acuerdo amistoso para resolver su reclamación patrimonial ante el SERMAS.
- b.- El 71% obtuvieron una indemnización por la administración reclamada, evitando continuar con el proceso administrativo de responsabilidad patrimonial. El 29% restante aceptaron las explicaciones sobre la no viabilidad de su reclamación, desistiendo de las misma sin indemnización.
- c.- El 83% de los reclamantes rellenaron la encuesta de satisfacción, en el que el Servicio de Coordinación de Conflictos es valorador por los pacientes en un 4,79 sobre 5. Tal vez lo más destacable es que un 4,5% de los pacientes recomendarían este Servicio.

El éxito de un mecanismo extrajudicial no depende tanto de su regulación en el plano normativo como de su aceptación cultural de la sociedad y en el sector en el que se integra.

Los MASC en conflictos sanitarios no se deberían convertir en un mero trámite legal, sí que debieran ser siempre ofertadas por el causante del incidente y/o evento adverso, pero finalmente deben tratarse de herramientas a las que tanto el reclamante como el propio médico, pudieran acudir voluntariamente con la esperanza de que las bondades de dichos métodos son mayores que acudir a la vía judicial.

En el contexto actual, el escenario social y jurídico con el que contamos favorece la implantación de los mismos en el ámbito de la responsabilidad profesional sanitaria.

Contamos con el Anteproyecto de la ley de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante el Anteproyecto), aprobada por el Gobierno el pasado 15 de diciembre del 2020.

El objetivo del Anteproyecto es fomentar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que permitan alcanzar un acuerdo y evitar la confrontación y crispación, regulando su implantación en los asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de que en el futuro puedan extenderse a otros ámbitos²¹.

Para potenciar su utilización, en los procedimientos civiles el abogado habrá de acompañar a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial como requisito de procedibilidad²².

21 *Artículo 3. Ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias. 1. Las disposiciones de este Título son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. A estos efectos tendrán la consideración de conflictos transfronterizos los definidos en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en este Título, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negocial se realice en territorio español. 2. Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este Título las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público. 3. La mediación se regirá por lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación. No obstante, a efectos de lo dispuesto en esta ley, la mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias con el que se podrá cumplir el requisito de procedibilidad al que se refiere el apartado 3 del artículo 1. 4. La conciliación ante Notario se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado y, en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones de la presente ley. 5. La conciliación ante el Registrador se regirá por lo dispuesto en el Título IV BIS de la Ley Hipotecaria y, en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones de la presente ley.

22 *Artículo 1.3 3. En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho*

El Anteproyecto señala diferentes sistemas de resolución de conflictos en el sector salud, destacando la figura del experto independiente²³, que en materia de responsabilidad profesional sanitaria sería uno de los mecanismos que mejor encaje pudieran tener en nuestro sistema sanitario (público como privado), habida cuenta de la necesaria intervención en dichos conflictos tanto de un experto en derecho sanitario como un experto en pericia médica.

Conforme el Anteproyecto, el experto independiente aporta una opinión científica encargada por las dos partes, que, al no ser vinculante, tiene como ventaja que si alguna de las partes no está de acuerdo con el dictamen emitido podrá acudir a la vía judicial para plantear nuevamente el conflicto.

La figura del experto independiente viene reforzada por la recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE), en cuanto a la participación en los MASC, de terceros neutrales, en este caso un profesional en el sector salud, independiente, imparcial y neutral que

objeto pudieran variar. Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva.

- 23 *Artículo 15. Opinión de experto independiente. 1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido. 2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el artículo 6 de este Título. 3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 9 de este Título y tendrá los efectos previstos en su artículo 10. 4. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, es, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.*

analice la situación en conflicto apartada de intereses económicos o de oportunidad²⁴.

En definitiva, potenciando políticas de fomento de resolución extrajudicial de conflictos se tienden puentes entre los distintos agentes implicados (paciente, familiares, profesionales sanitarios, centros y aseguradoras) para humanizar el conflicto, potenciar la confianza en el entorno de la asistencia sanitaria y para una solución rápida y consensuada de la problemática surgida; evitando con ello largos procesos judiciales que a la postre no benefician a ninguna de las partes y derivan en la aparición de “terceras víctimas”, nuestros médicos.

24 YOLANDA AGUILAR OLIVARES El experto independiente en el sector salud. La Ley. Mediación y arbitraje, ISSN-e 2660-7808, Nº. 7, 2021 (Ejemplar dedicado a: Inserción de los MASC en el Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal).



CON LA COLABORACIÓN DE

