

Intervención judicial ante el riesgo de seguir con el embarazo



Ricardo De Lorenzo, socio-director en De Lorenzo Abogados

Jueves, 14 de julio de 2016, a las 12:35

La noticia conocida en estos días de la decisión de un Juez de Barcelona de recurrir a los Mossos d'Esquadra para trasladar al hospital a una mujer embarazada que **se negaba a que le fuera inducido el parto**, previa petición efectuada desde el centro sanitario, el Parc Sanitari Sant Joan de Déu de Sant Boi, por el riesgo que suponía para la madre y el feto continuar adelante con el embarazo, y ante **lanegativa de la mujer a provocar el parto**, estando de 40 semanas de gestación, ha generado no pocas opiniones de todo tipo, y especialmente jurídicas sobre la base incluso de considerar la decisión como un atentado contra la integridad física y moral de la mujer y su bebé, entendiendo que la decisión ha sido tomada sin ninguna base legal, y contra la libertad y el derecho a tomar decisiones informadas.

Este tipo de situaciones de por sí jurídicamente complejas, suponen la afectación de derechos fundamentales y siempre vienen acompañadas de un fuerte componente emocional. Las preguntas que se plantean son múltiples **¿Qué debe hacerse cuando el feto se puede encontrar a juicio del médico en una situación difícil en términos de salud, y polémica en términos ideológicos o de decisión personal de la madre?** ¿Quién está más legitimado para tomar decisiones al respecto: sus padres, específicamente la madre, los Médicos o la administración? ¿Puede quedar relegada la patria potestad ante la opinión profesional de los Médicos? ¿Qué ocurre cuando se plantea una situación de conflicto, en la Clínica u Hospital entre los padres y los Facultativos, al considerar estos la necesidad de practicar al menor de edad una intervención médica en situación de "riesgo grave", y los padres oponerse en este caso la madre?.

El profesional sanitario está obligado a informar al paciente, en el seno de la relación asistencial, con los matices que iremos analizando. Incurre aquel en responsabilidad si debiendo informar no lo hace, o si haciéndolo, lo hace de forma deficiente y con ello impide u obstaculiza un consentimiento adecuado. Este planteamiento y la relevancia de los intereses (bienes jurídicos protegidos) en juego sitúan frecuentemente a los facultativos en posición de ser reclamados y de incurrir en responsabilidad, ante los pacientes a los que atienden. Voy a orientar, esta opinión abordando la exposición del tratamiento normativo de la información y el consentimiento desde el punto de vista, del modo en que han de ser manejados estos elementos por el profesional, para actuar de forma correcta, legal y deontológicamente y de ese modo conjurar el riesgo de opiniones enfrentadas y por supuesto de las reclamaciones de los pacientes.

Debemos partir del presupuesto de que la capacidad de decidir es manifestación y ejercicio de la autonomía de las personas y ésta se asienta en la dignidad del ser humano.

La consideración de la persona como ser autónomo, introducida por el protestantismo no pudo por menos que afectar a la relación médico-paciente, llevando a una progresiva horizontalización de la misma, convirtiendo este vínculo en simétrico, en el modo que actualmente lo conocemos. Esto explica el tránsito de la relación de modelo vertical (con el médico como protagonista) al de tipo horizontal (en donde el protagonismo lo asume el paciente).

La importancia de este cambio se sitúa en numerosos aspectos, pero quiero mencionar aquí su relevancia en el campo de la información. Bajo criterio del modelo vertical la información se le dispensa al paciente sólo para obtener su colaboración (seguimiento de una terapia, por ejemplo). Conforme al modelo horizontal, sin embargo, el objeto de la información es conformar (dar forma) a la voluntad del paciente para que pueda tomar decisiones (ejercer su autonomía, en definitiva) orientadas a consentir o a disentir (como lógico reverso) respecto de la acción misma propuesta por el medio sanitario.

El **Tribunal Supremo**, desde su Sala Primera (Sentencias de 12 de enero de 2001 hasta las más recientes), ha considerado el ejercicio de la autonomía del paciente, materializado en el consentimiento informado como, **“un derecho humano fundamental, un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo... consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”**.

La consideración de la relevancia de la autonomía se reconoce, en el terreno normativo, en el texto del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, (que entró en vigor en España, tras su recepción, el día 1 de enero de 2000), en su artículo 5; y en la Carta Europea de Derechos Humanos, en su artículo 3.2.

En nuestro espacio normativo nacional, tras el precedente de la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, regula el contenido y alcance de este derecho del paciente al consentimiento informado, así como las formas de su ejercicio. Debo indicar no obstante que la expresión “consentimiento informado” fuertemente consolidada en la terminología jurídica, bioética e incluso coloquial, para algunos juristas no es considerada demasiado afortunada entendiéndose que debería expresarse, como “decisión informada o decisión bajo información”, términos éstos que son susceptibles de abarcar tanto los supuestos de aceptación como los de rechazo de un paciente ante la propuesta que tiene ante sí, sobre la atención a su salud que se le hubieren planteado por el medio sanitario que le atiende.

Importa mucho dejar sentado que la información al paciente no es un valor añadido a la práctica clínica, sino que se integra en la misma, formando parte de su núcleo esencial. La acción asistencial no se agota con el aspecto científico-técnico. Es decir si no ha habido información, en absoluto, o aquella fue deficiente, habrá una infracción de la 'Lex Artis', aun cuando la ejecución técnica hubiese sido impecable. La pregunta siguiente es: ¿el sólo hecho de no informar o hacerlo mal, genera responsabilidad, o es necesaria la concurrencia de un daño al paciente, ocasionado por la falta o deficiencia de la información?

La evolución de este asunto ha sido del segundo planteamiento al primero, en sede no penal, al considerarse que concurre daño moral en el destinatario de una información, al no haberla recibido en absoluto o de forma deficiente. Se lesiona su autonomía y se le conculca un derecho fundamental, según la Tesis del Tribunal Supremo.

La posición del facultativo sólo puede ser la de informar y escuchar, respetando siempre la voluntad del paciente, aun cuando pueda ser contraria a los intereses de salud de éste. Tratará de orientar y remover una negativa perjudicial y no aceptará propuestas del paciente que no comparta bajo su criterio clínico, en el entendimiento de que no existe la Medicina a la carta y que debe tener, siempre, el interés del Paciente como guía. No está el profesional obligado a adoptar la solución propuesta por el paciente, si no la estima adecuada, pero para tomar otra distinta a la propuesta debe contar siempre con la voluntad de aquel.

Ahora bien, que sucede ante la situación como la de este caso en la que existe un grave riesgo en opinión de la facultativa en un embarazo, en el que se encuentra implicada tanto la madre como el feto en su 40 semana de gestación.

Sin lugar a dudas y al margen de aspectos que pudieran haberse visto afectados en este caso que pudiera desconocer, tanto los facultativos como el centro hospitalario, han actuado, conforme a la concreción práctica del concepto jurídico de "interés del menor", aun siendo un feto de 40 semanas de gestación, conforme ha venido resolviendo la Sala Primera del Tribunal Supremo, “a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio, siguiendo el ejemplo de la “Children Act británica de 1985”, (art. 9), partiendo de la posición del Médico como “garante de la salud e integridad del paciente menor de edad”. El Tribunal Supremo tiene establecidos una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación de ese interés del menor y paralelamente, su identificación al caso concreto, dado que hasta hace muy poco nuestra Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, no especificaba expresamente quién debía resolver los conflictos que se presentaban cuando en casos de "riesgo grave" los facultativos podían entender que era imprescindible una intervención médica urgente y se encontraban con una negativa de los padres o incluso del propio menor.

En estos momentos y tras la profunda reforma del sistema de protección de menores producida el

pasado mes de Julio del 2015, 20 años después de la aprobación de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor y su incidencia en el consentimiento informado por representación. Reforma integrada por dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015, que ha introducido los cambios necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE., consagrando así el principio de prevalencia del “interés superior del menor”, convirtiéndose así nuestro país en el primer país del mundo en incluir en su ordenamiento el derecho a la defensa del interés superior del menor, que primará sobre cualquier otra consideración.

Esta importantísima reforma ha actualizado la legislación para la protección del menor en consonancia con la normativa internacional y las jurisprudencias española y europea, dándose así respuesta a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. En concreto, en 2013 este Comité señaló que el interés superior del menor será un derecho sustantivo del menor, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. El objetivo es diáfano: garantizar la especial protección del menor de modo uniforme en todo el Estado, bajo el paraguas de la defensa del interés superior del menor como elemento primordial.

Estas nuevas normas ha innovado como he indicado la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la Violencia de Género para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016, y también la propia 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, al modificarse los apartados 3, 4 y 5 y añadirse los números 6 y 7 al artículo 9 de la Ley.

En este caso aunque no se trataba de un menor, tanto los Facultativos como el Centro al no aceptar la voluntad de la madre, ante el posible riesgo en su embarazo y no aceptar esta proceder a un parto inducido, al encontrarse la facultativa en la posición de garante respecto de su paciente, planteó poniéndolo en conocimiento del Juzgado de Guardia para obtener un pronunciamiento judicial, aun cuando en situaciones urgentes hubiera podido aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres en este caso la madre estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

Es cierto e insisto que el caso es realmente singular al tratarse de un no nacido y la madre, aunque **los bienes en conflicto seguirán siendo de un lado, la vida del feto y posiblemente el de la madre y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión.**

Sin embargo, **siempre que la situación no sea de urgencia, como es el que comentamos, será aconsejable, como así parece ser que se hizo, con respeto a los principios de autonomía, el planteamiento ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.**

No existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que los Médicos, como garantes de la salud e integridad del paciente, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, pero está claro que mediante el cumplimiento de su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad, deberá el Juez proceder de oficio, si el mismo es el destinatario directo de la información, o a instancias del Fiscal, si es éste quien recibe la comunicación de los Médicos, como así hizo el Juez de Barcelona recurriendo a los Mossos d'Esquadra para trasladar al hospital a la mujer embarazada que se negaba a que le fuera inducido el parto.