

LA INCIDENCIA DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, EN EL *STATUS* DE LOS ENFERMOS MENTALES

Edorta Cobreros Mendazona
Catedrático de Derecho Administrativo de la UPV/EHU

Permítanme, en primer lugar, agradecer a la Asociación de Juristas de la Salud y al Instituto Navarro de Administración Pública su amable invitación a participar en esta «Jornada sobre el enfermo mental: protección jurídica y atención sanitaria», que me da la oportunidad de estar aquí, en Pamplona, debatiendo sobre diversas cuestiones que Vds. conocen bien y que a mí me vienen interesando desde hace ya bastante tiempo.

Ceñiré en mi exposición al tema propuesto que se refiere a la innovación legislativa de reciente implantación (de su entrada en vigor acaba de cumplirse un año el 15 de mayo de 2003) en que ha consistido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante, Ley 41/2002).

Pero esta norma se va a insertar en un sistema o un ordenamiento preexistente, en cuyo seno alcanzará su operatividad y donde debe ser analizada para comprenderla mejor y para otorgarle su verdadero valor. Es más, la propia Exposición de Motivos de esta Ley se refiere con detalle al contexto normativo en el que esta regulación surge. Así que vamos hacer a continuación la imprescindible referencia al mencionado contexto normativo.

II

Resulta inexcusable comenzar por la vigente Ley General de Sanidad (que data de 1986 pero que ha sido reformada en diversos sus aspectos en variadas ocasiones), verdadera clave de bóveda de nuestro sistema normativo-institucional sanitario.

Esta Ley se enfrentó en su momento con un doble reto: por un lado, acabar con la desagregación o desarticulación de los diversos servicios públicos sanitarios (de distintas titularidades administrativas, además); y, por otro lado, con la necesidad de respetar el diseño constitucional de la distribución de competencias en la materia, reparto en el que las Comunidades Autónomas estaban llamadas a asumir un papel decisivo. La opción legislativa adoptada entonces fue la de realizar la síntesis organizativo-institucional en el nivel territorial Comunidad Autónoma, donde habrá un único Servicio de Salud integrado por todos los centros y establecimientos de titularidad pública; y todos ellos (los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se entiende) más el Servicio de Salud de la Administración General del Estado formarán el Sistema Nacional de Salud. Proceso que culminará cuando sean *todas* las Comunidades Autónomas que asuman *todas* las competencias ejecutivas en la materia, incluidas las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social (desapareciendo, en consecuencia, el conocido como “territorio Insalud”). El efectivo traspaso final de los medios materiales y personales ha traído como consecuencia que, desde 2002, el organismo Insalud desaparezca (pasando a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria).

Pero, con ser esto importante —a la vez que bien conocido—, no menos trascendente será la presencia en esta Ley General de Sanidad de un artículo expresamente destinado a salvaguardar los derechos de los pacientes. Este artículo 10 LGS (conviene recordarlo ahora) se incluyó a instancias del Defensor del Pueblo —porque, inicialmente, en el anteproyecto gubernamental no se recogía previsión semejante—, que sugirió esta innova-

ción normativa, con gran acierto como después hemos podido comprobar todos.

Si ahora destacamos este aspecto es porque la Ley 41/2002, se inserta en este punto, concretamente. De hecho, su Exposición de Motivos dice que «completa» las previsiones de la Ley General de Sanidad; más técnicamente, quizá, diríamos que «sustituye» algunos de sus aspectos (ya que deroga expresamente varios apartados del art. 10 LGS). En efecto, la Ley 41/2002 supondrá una nueva regulación de las materias tratadas en varios apartados de este art. 10 LGS, que son los dedicados a la información médica, al consentimiento y a la negativa a un tratamiento, así como a la documentación clínica.

Ahora bien, tratándose del tema específico que aquí nos ocupa, no podemos olvidar que en la Ley General de Sanidad existe un precepto —que continúa vigente e invariado desde su promulgación y sobre el que la Ley 41/2002 no ha incidido—, expresamente referido a la salud mental, que es el art. 20 LGS, y en el que la doble premisa de la que parte el legislador es, por un lado, la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y, por otro lado, la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieren servicios sanitarios y sociales. Además, este precepto establece cuatro principios en la materia: 1) la atención de los problemas de salud mental a nivel comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización; 2) la hospitalización en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales; 3) el desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social, coordinándolos con los servicios sociales; 4) que los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica cubrirán, asimismo en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud general. Creo que no hace falta insistir aquí ni en la importancia de estos principios que representan, a su vez, unos objetivos aún no debidamente cumplidos en la mayoría de los lugares.

III

Con posterioridad a la Ley General de Sanidad ha aparecido el 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 o «Convenio relativo a los derechos huma-

nos y la biomedicina» (también conocido como Convenio de Oviedo, por ser ésta la ciudad donde se aprobó el 4 de abril de 1997). Norma internacional firmada y ratificada por España, que entró en vigor el 1 de enero de 2000.

Convenio al que también hace referencia la Exposición de Motivos de la Ley 41/2002 y que merece nuestra atención por tres razones de diversa índole. La primera y más obvia, porque va a incidir en algunos de los aspectos materialmente regulados en el art. 10 LGS (aunque, se insiste, su ámbito es mayor que el recogido en este último artículo), especialmente en cuanto al consentimiento. La segunda razón —más comprensible para los juristas— es que, por tratarse precisamente de un acuerdo internacional insertado en nuestro ordenamiento (por el Instrumento de Ratificación firmado el 23 de julio de 1999), en el Derecho español no puede existir una norma (del tipo que sea) que contradiga lo ahí dispuesto; es más, al asumir este Convenio Internacional, el legislador español ha quedado desapoderado *a futuro* para regular de manera contraria a lo allí previsto (técnicamente, no tiene competencia para ello). Y en tercer lugar, porque este tipo de convenios internacionales, que afectan o inciden en los derechos fundamentales de la persona, tienen además un efecto reflejo por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; precepto constitucional que dispone algo más y algo distinto que la previsión contenida en el art. 96 CE para la validez e inserción en el ordenamiento interno de los tratados internacionales. Si bien a estos efectos, a los interpretativos, la «ayuda» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos será un tanto aleatoria, puesto que su intervención sólo está prevista en forma de dictamen consultivo con independencia de todo litigio concreto y sólo a instancia del Gobierno de uno de los Estados parte o del Comité Director para la Bioética (art. 29); aunque debe tenerse en cuenta que ya en una ocasión —además, en un asunto bien delicado y comprometido, por cierto (como fue el resuelto por la reciente Sentencia de 9 de marzo de 2004, *as. Glass*)—, el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado este Convenio como elemento normativo para el enjuiciamiento de una violación del art. 8 del Convenio Europeo.

Pues bien, de los muchos aspectos interesantes que aborda este Convenio, aquí debemos destacar los siguientes:

A) En primer lugar, una afirmación de tipo principal, cual es que los firmantes del Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Afirmación a la que sigue una remisión a la legislación interna de cada país para conseguirlo (art. 1).

B) En segundo lugar, que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia (art. 2). Afirmación que es también destacable (aunque no estuviera especialmente pensado para ello) en el caso de los enfermos mentales, a fin de fijar un límite a eventuales medidas «defensivas» (por ejemplo, frente a peligrosidades potenciales aducidas).

C) También hay una referencia al derecho a la privacidad, insertando los datos relativos a la salud en este ámbito de especial protección (art. 10).

D) Se trata, asimismo, de los derechos sobre las informaciones relativas a la salud, recogiendo dos aspectos de interés (e innovadores para nuestro ordenamiento): a) el «derecho a no saber» (art. 10.2); y b) el denominado «privilegio terapéutico», al decir que, de modo excepcional, la Ley (de cada Estado, se entiende) podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio del derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud —dicho más claramente, la posibilidad de ocultarle toda o parte de esa información al paciente—, pero también con respecto al derecho a no saber —como puede ser el caso de enfermedades transmisibles, en las que el enfermo no puede pretender no querer saber sino que *tiene que saber* (art. 10.3)—.

E) Las reglas sobre el consentimiento, por último, merecen un detenimiento especial ahora:

a) Establece el Convenio, como regla general, que sólo se puede actuar después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Esa información previa, además, deberá ser adecuada y sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias. Por último, el consentimiento puede retirarse en cualquier momento (art. 5).

b) Se recoge expresamente (por primera vez para nuestro ordenamiento, también) que los «deseos expresados anteriormente» serán tomados en consideración cuando, en el momento de la intervención el interesado no se encuentre en situación de expresar su voluntad (art. 9). Esto es, lo que en la Ley 41/2002 se denominará «instrucciones previas» y en otras regulaciones (como en la Ley Foral 11/2002) con la más extendida expresión de «voluntades anticipadas».

c) También se prevé la situación de urgencia, caracterizada por no poder obtenerse el consentimiento adecuado, y que habilita para la intervención médica indispensable desde el punto de vista médico (art. 8).

d) En el supuesto de personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento, se requiere autorización de su representante o similar y sólo a fin de que la intervención médica «redunde en su beneficio directo». Para entendernos, en el caso de los enfermos mentales ésta sería la previsión a aplicar en el caso de una intervención médica que no tuviera que ver directamente con su salud mental, sino con su salud en general (como podría ser una intervención de corazón, por ejemplo) (art. 6).

e) Existe una disposición específica para la protección de las personas que sufran trastornos mentales (art. 7). Y a este propósito permítanme una referencia incidental con el fin de destacar la sensibilidad e interés demostrados por el Consejo de Europa sobre esta cuestión, para lo que no hay nada más que reparar en la literalmente decisiva jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre todo, en garantía de los derechos previstos en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no solo); pero también, por ejemplo, en la interesante Recomendación 2/83 del Comité de Ministros del Consejo de Europa —que data de hace ya más de veinte años (del 22 de febrero de 1983, concretamente)— sobre protección jurídica de personas aquejadas por trastornos mentales e internados como pacientes involuntarios. Pues bien, la previsión del Convenio que ahora estamos analizando establece que la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la Ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso. Condiciones de protección que en

nuestro ordenamiento se concentran actualmente en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —precepto de carácter ordinario y no orgánico, lo que, dicho sea de paso, en mi opinión no es correcto conforme a nuestro sistema de fuentes—, y bajo la garantía del Juez civil (a diferencia de los demás casos de tratamientos sanitarios obligatorios por razones de salud pública, para los que está previsto que la intervención autorizatoria sea la del Juez contencioso-administrativo).

f) Por último, existen unas previsiones específicas de protección de personas incapaces para dos supuestos especialmente delicados, como son el de la investigación científica (art. 17) y el de la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes (art. 20).

IV

Dicho lo anterior estamos ya en mejores condiciones para comprender las innovaciones que ha podido introducir la Ley 41/2002 en el ámbito de los enfermos mentales, específicamente.

Pero antes de entrar a analizar su contenido regulador, no me resisto a hacer una referencia a su origen, que tiene algo de original (y, en mi opinión, de alentador) en el panorama legislativo. En efecto, no se trata del habitual producto del ejercicio de la (privilegiada) iniciativa legislativa gubernamental (esto es, un Proyecto de Ley), sino de un proceso algo diferente. Así, en febrero de 2001 se presentó una Proposición de Ley por los Grupos Parlamentarios Entesa Catalana de Progrés y Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, cuyo contenido coincidía literalmente con el de una Ley del Parlamento Catalán sobre las mismas materias, aprobada poco tiempo antes (se trata de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica); pero esta Proposición de Ley fue retirada unos pocos días más tarde e inmediatamente presentada como Proposición de Ley conjuntamente por *todos los grupos parlamentarios en el Senado* (requiriendo una rectificación posterior puesto que en el texto de la Proposición presentada se mantenía, inadvertidamente, una referencia al Instituto *Catalán* de Salud). Después, en la tramitación parlamentaria, esta Proposición sufriría diversas modificaciones, pero aún pueden advertirse identidades literales muy numerosas (tanto en su Exposición de Motivos, como en el articulado del texto) entre esta Ley de las Cortes Generales y la previa Ley del *Parlament*. Acuerdo político en sede parlamentaria en momentos de notable

desencuentro que merece destacarse ahora y que confirma, una vez más, que el ámbito sanitario permite algunos grandes acuerdos dignos de encomio que parecen resultar más difíciles en otros ámbitos.

Esta Ley estatal tiene el carácter de *básica* (en casi todos sus aspectos), lo que quiere decir que la legislación autonómica de desarrollo debe respetar tal regulación. De hecho, el Parlamento de Navarra aprobaría la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, para modificar la previa 11/2002, de 6 de mayo, a fin de adecuarla a esta Ley 41/2002, según confiesa la propia Exposición de Motivos de aquélla.

Dicho de manera muy sintética, los puntos principales de esta Ley podemos cifrarlos en los siguientes aspectos:

A) Ratificación de la necesidad de *consentimiento informado previo*, definido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud (art. 8)

B) Admisión del *estado de necesidad terapéutico*, entendido como un límite al derecho a la información sanitaria por parte del paciente y que faculta al médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave (teniendo, entonces, que dejar constancia razonada en la historia clínica y comunicándolo a los familiares o allegados) (art. 5.4).

C) Asunción de las *instrucciones previas*, documento por el que una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (e incluso previsiones para el caso de fallecimiento) (art. 11).

D) *Carácter confidencial de los datos referentes a la salud* (art. 7) y *regulación de la historia clínica*, incluido el derecho de acceso por el propio paciente (con ciertas limitaciones legales) (art. 18).

Centrándonos en el caso de los enfermos mentales, de esta Ley 41/2002 podemos destacar lo siguiente:

a) La información sanitaria debe facilitarse incluso en caso de incapacidad (que habrá de entenderse no sólo jurídica, sino también fáctica), de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión. Y cuando carezca de capacidad, según el criterio médico, dicha información se facilitará a sus familiares o allegados (art. 5.2 y 3). Acertada previsión, puesto que la incapacidad de entender o de querer puede estar graduada (esto no es, no se trata de algo de «todo o nada»), supone un respeto hacia la dignidad del enfermo y, además, puede redundar en una mayor implicación o colaboración del enfermo mental en su proceso terapéutico.

b) Con respecto al consentimiento informado, éste habrá de prestarse por otras personas cuando el interesado no sea capaz de tomar decisiones a juicio del médico (esto es, el incapaz de hecho) o esté legalmente incapacitado (art. 9.3.a y b). En este supuesto de incapacidad (fáctica o jurídica, se insiste), serán los representantes o los familiares o allegados los que lo presten; pero tampoco habrá que descartar —aunque no se mencione expresamente por la Ley— que sea el propio médico el que lo decida (lo que sería reconducible al supuesto del art. 9.2.b), porque lo que es necesario evitar en todo caso es que el enfermo caiga en desatención por no tener familiares o allegados que se ocupen de su situación. Por último, en estos casos de consentimiento por sustitución (la Ley, más incorrectamente, habla de representación), aquél habrá de ser adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, procurando que el paciente participe en la medida de lo posible en la toma de decisiones (art. 9.5).

c) ¿Serán aplicables las previsiones de instrucciones previas (o voluntades anticipadas) en el caso de los enfermos mentales? Indudablemente habrán de reforzarse y extremarse las garantías referidas a la capacidad y a la libertad respecto del momento y las circunstancias en las que dichas instrucciones o voluntades se formulan anticipadamente. Asimismo, el contenido de tales previsiones (y sus excepciones, recogidas en el art. 11.3) habrá de adaptarse a la especificidad del tratamiento de un enfermo mental. Pero no creo que, con carácter general, deba rechazarse *a priori* tal posibilidad.

d) Finalmente, en las circunstancias actuales y con la mentalidad social dominante, la confidencialidad de

los datos sanitarios —incluido el hecho mismo del ingreso hospitalario por razón de enfermedad mental— debe ser especialmente respetada, por el estigma social que aún acompaña a la enfermedad mental.

V

Finalizo ya con una reflexión personal, como es que, a mi juicio, la legislación actual no es en absoluto un impedimento para un trato digno y adecuado al enfermo mental, sin perjuicio de que haya algunos aspectos delicados o un tanto imprecisos con dificultades a efectos interpretativos (normalmente por tratarse de una colisión de derechos o de intereses). Incluso en algunos supuestos yo me atrevería a decir que la legislación va por delante de la práctica y de la cultura sanitaria actuales.

Los problemas reales de la atención de los enfermos mentales probablemente haya que buscarlos en la insuficiencia de estructuras de apoyo, sociales o psicosociales, intermedias o como Vds. quieran llamar; expresamente previstas y mencionadas en el art. 20 LGS, como acabamos de recordar. Esta elemental reflexión viene avalada, creo, por el Informe Especial al Parlamento presentado recientemente por la Defensora del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra (*La atención a la Salud Mental en Navarra*, 2003), cuyo interés debe destacarse aquí. Es largo aún el recorrido hasta que la enfermedad mental sea tratada como una *enfermedad* y el enfermo mental, sobre todo, como un *enfermo*; es un objetivo al que no debe renunciarse, aunque también sin simplificaciones, sin ocultar que hay algunas diferencias con las restantes enfermedades «físicas», porque, si no, las soluciones propuestas tampoco resultarán efectivas.

Pero la cuestión merece la pena no sólo en atención a la irrenunciable dignidad de los enfermos mentales —que siempre tenemos que mantener—, sino también porque no puede olvidarse el ingente sufrimiento *cuantitativo* (por el número de personas afectadas, especialmente con necesidad de internamiento hospitalario voluntario o involuntario, a lo que hay que añadir los problemas derivados de la longevidad y del aumento de las demencias seniles) y *cualitativo* (por la intensidad y extensión temporal del sufrimiento propio y ajeno que genera la enfermedad mental y que todos Vds. conocen bien y de cerca).

