

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012. LA FIV Y EL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 28 de noviembre de 2012 sobre fecundación in vitro y la protección del embrión humano, realiza unas interesantes consideraciones sobre el inicio de la vida humana al afirmar que el embrión humano no es persona, y que el término “concepción” referido al inicio de la vida humana, no se interpreta como “fecundación” sino que debe interpretarse como equivalente a “implantación”.

La Corte Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional la práctica de la FIV, lo que supuso importantes perjuicios a muchos de los ciudadanos nacionales de dicho Estado centroamericano, como fue el caso de la señora Grettel Artavia Murillo cuyo marido quedó parapléjico a raíz de un accidente laboral, razón por la cual decidieron buscar ayuda médica para tener descendencia. Se sometieron a ocho inseminaciones artificiales, y para sufragar los gastos de las inseminaciones la pareja hipotecó su casa, además de vender algunas de sus pertenencias. Sin embargo, las inseminaciones artificiales no dieron resultado.

En febrero del año 2000, la médico informó a la pareja que la última alternativa en el tratamiento contra la infertilidad sería practicar una FIV. Un mes después, el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica dictó la Sentencia que prohibió la práctica de dicha técnica de reproducción humana asistida. La pareja por aquél entonces ya había agotado todos sus recursos económicos, por lo que no podía viajar fuera del país para someterse al tratamiento en cuestión; en

marzo de 2011 la pareja se divorció, siendo una de las razones la imposibilidad de tener hijos biológicos.

El Estado alegó que la resolución de la Sala Constitucional “no anuló de manera definitiva la posibilidad de practicar la fecundación in vitro en Costa Rica, sino que únicamente anuló una técnica específica existente desde el año 1995 y regulada por el Decreto Ejecutivo”, y agregó que “no pueden practicarse métodos de fecundación que atenten contra el derecho a la vida desde la concepción” (...) “la evidencia científica [...] demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación”, la cual ocurre cuando “las membranas de las células del espermatozoide y del óvulo se fusionan”, y que los términos “concepción” y “fecundación” deben ser tratados como sinónimos.

La Sentencia, en cambio, afirma que “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término «concepción». Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano», lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”.

En concreto la Sentencia señala que **“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la «concepción» en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras «en general» que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”** (considerando 264).

2.- SENTENCIA DEL TEDH DE 28 DE AGOSTO DE 2012, Nº 54270/2010. EL DGP Y EL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

Pareja que había decidido interrumpir voluntariamente el embarazo para evitar el nacimiento de un niño enfermo. La pareja desea tener un hijo sano, y se someten a D.G.P. para seleccionar el embrión a implantar, pero dicha técnica diagnóstica les fue denegada por no cumplir los requisitos exigidos por la Ley italiana.

La justificación de la ley italiana es que *“se intenta proteger la salud del niño y de la mujer, la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, y evitar la proliferación de comportamientos eugenésicos”*. Por el contrario, los demandantes se quejan de una violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 de la Convención).

El TEDH constata que la ley italiana sólo permite la fecundación asistida a las parejas estériles o a aquellas en la que el hombre sea portador de una enfermedad viral sexualmente transmisible (hepatitis, SIDA...); al no pertenecer la pareja a este grupo de personas, los demandantes no pueden acceder a la fecundación in vitro.

Esta prohibición constituye una injerencia en el derecho de los requirentes al respeto de su vida privada y familiar. La Corte no puede ser ajena al estado de angustia de la demandante que, en su imposibilidad de acceder a la fecundación asistida, sólo tendría como alternativa la maternidad ligada a la posibilidad de que el feto esté afectado por la enfermedad, y el consiguiente sufrimiento derivado de la elección doloro-

sa de proceder a un aborto terapéutico en caso de que finalmente así fuese.

Por todo ello, una vez puesta de la manifiesto la incoherencia del sistema legislativo italiano en materia de fecundación asistida, la Sala concluye que se ha producido una injerencia desproporcionada en el derecho de los interesados lo que, por tanto, supone una violación del art. 8 de la Convención.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA, DE 18 DE FEBRERO DE 2013. Nº REC 648/2012. INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DE EMBARAZO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

La Sala se pronuncia sobre el espinoso asunto del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a negarse a realizar cualquier acto relacionado con la interrupción voluntaria del embarazo. La Sala reproduce los argumentos que ya fueron empleados en la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de julio de 2012.

A partir de tales consideraciones el TSJ de Andalucía comparte el criterio ya recogido por el Tribunal madrileño, y considera que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinar en el artículo 16.1 de la CE, sino que por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria.

A tal efecto, la Sentencia establece que *“no se puede sostener que las obligaciones del personal sanitario respecto de la interrupción voluntaria del embarazo vulnera el art. 16 de la Constitución porque parte de una prioridad absoluta de la objeción de conciencia que equivale a su consideración como derecho primario y absoluto que deben respetar el resto de los derechos reconocidos”*.

Así pues, una vez descartada la configuración constitucional del derecho a la objeción de conciencia resulta obligado conocer el marco normativo regulador de la I.V.E en nuestro país. La L.O. 2/2010, de 3 de marzo reconoce expresamente que todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes. A su vez, el art. 19 del citado texto legal dispone que los profesionales

sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho a ejercer la objeción de conciencia, por lo que, y en sintonía con lo que ya dijera el TSJ de Madrid, el legislador no exime al médico del deber de informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho la mujer embarazada que desee proseguir con el embarazo así como sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de la práctica de la I.V.E.

Recientemente el TSJ de CLM se ha pronunciado al respecto en la Sentencia de 20 de febrero de 2012 dictada a raíz de la impugnación de la nota interior del Director-Gerente de Atención Primaria de Toledo de fecha 2 de julio de 2010, y que sirvió de pretexto para impugnar nuevamente la Orden de 21 de junio de 2010 por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, y la Orden de 23 de junio de 2010, de creación del fichero.

Respecto de la primera de las Órdenes, el TSJ de CLM en su Sentencia de 2012 consideró que no cabe formular tacha alguna tras la modificación realizada por la Orden de 14 de octubre de 2010 que suprimió la referencia expresa a lo que haya de entenderse por *“profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo”*.

Por lo que se refiere a la segunda Orden, el recurrente considera que el Registro debe limitarse a los centros donde presta servicios el profesional médico. La respuesta de la Sala es contundente:

“Las anteriores alegaciones, cuya estimación supondría una comunicación caso por caso del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, aparte que no encuentran acomodo en norma jurídica alguna sino que además tal modo de proceder dificultaría en buena medida la organización y prestación del servicio público, por lo que no pueden encontrar favorable acogimiento por esta Sala”

En cambio sí que se acuerda la anulación de la citada nota interior ya que fue dictada en aplicación de un precepto cuyo contenido fue derogado tácitamente por una Orden posterior, y sin que la anulación acordada por el TSJ pueda afectar a la actual redacción del art. 3.1 de la Orden de 21 de junio de 2010 en la redacción dada por la Orden de 14 de octubre de 2010, pues *“es sustancialmente coincidente con el encabezamiento del art. 19.2 de la Ley Orgánica*

2/2010, no excluye explícitamente a ningún facultativo”.

Por otra parte recordemos que el nuevo Código de Ética y Deontología aprobado en julio de 2011 por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, dispone en su artículo 55 que *“El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Auto de 1 de diciembre de 2011, denegó la medida de suspensión cautelar de dicho precepto solicitada por el Colegio de Médicos de Toledo, ya que no consta que ello sea una situación distinta a la que hasta este momento se venía produciendo ya que el derecho al aborto ya estaba legalmente reconocido máxime cuando el anterior Código obligaba a médicos atender a todos los pacientes con la misma diligencia y solicitud sin discriminación alguna, y a informar al paciente caso de exigirle éste un procedimiento que por razones éticas o científicas juzgara inadecuado o inaceptable.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- INSTRUCCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

La DA Primera del RD-Ley 20/2012 establece que:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre EDL 2011/252769, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores

de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.

En cumplimiento de esta previsión y para el ámbito del sector público estatal, el TC ha aprobado estas Instrucciones que deben integrarse en el sistema general de gestión de cada Administración Pública del referido sector público y en relación con los contratos de servicios y encomiendas de gestión.

Como principios de actuación cabe destacar:

- a) No contratar servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de competencias que tengan atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
- b) Los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa deberán respetar el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas
- c) Los pliegos determinarán con precisión las prestaciones a realizar que deberán estar perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal.

En concreto, el T. de Cuentas señala que en la redacción de los Pliegos han de tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

- 1.- No pueden ser objeto de este tipo de contratos la realización de funciones o servicios que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las funciones públicas.
- 2.- Consignar en los Pliegos la obligación de la empresa adjudicataria de designar un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla

del contratista, que será el interlocutor con el que se relacionará únicamente la entidad contratante, y que será el único que podrá impartir órdenes e instrucciones al resto de los trabajadores.

3.- En los pliegos se debe garantizar que la empresa adjudicataria dispone de una organización propia y estable.

4.- Dejar constancia del compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario.

5.- No se admitirán en los pliegos cláusulas de subrogación empresarial en las que se asuman compromisos sobre los empleados del adjudicatario, ni aquéllas en virtud de las cuales el órgano de contratación tenga algún tipo de intervención en la selección del personal que la empresa contratista vaya a asignar a la ejecución de los servicios.

6.- No se identificará en el contrato el nombre de los trabajadores que la empresa utilizará para cumplir el contrato.

7.- En el caso en que se ceda equipamiento o material por razón de una mayor eficacia se hará constar esta circunstancia tanto en el pliego como en el contrato.

Otras Recomendaciones interesantes son:

- a) Para la determinación del presupuesto del contrato se evitará siempre que sea posible la utilización del criterio unidades de tiempo, como pueda ser el nº de horas o jornadas de trabajo por cada categoría profesional.
- b) La prestación de servicios tendrá lugar en dependencias o instalaciones propias del empresario contratista, y sólo con carácter excepcional en los centros dependientes del órgano de contratación, en cuyo caso habrá que obtener la previa autorización, dejar constancia de las razones que lo justifican y recomendar que en tal caso, el personal de la empresa utilice distintivos que lo identifiquen.
- c) En el caso de prestación de servicios continuada en los centros de trabajo del órgano de contratación, el responsable de la Administración, con carácter previo al inicio de la prestación, deberá

comprobar la afiliación y alta en la S.S. de los trabajadores, así como dotarles de espacios de trabajo diferenciados.

d) En relación con la fase de ejecución, el T. de Cuentas enumera una relación de servicios a los que no podrá tener acceso el personal de la empresa contratista (cursos de formación, reconocimientos médicos periódicos, acceso al correo electrónico corporativo...)

e) La exigencia de responsabilidad disciplinaria al personal al servicio de la Administración que con su actuación haya causado perjuicio grave a la Administración.

2.- INFORME 15/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN. SUMINISTROS DE VACUNAS.

Se plantean algunas interrogantes por parte del Departamento de Salud para planificar la contratación de vacunas combinadas. En el mercado existen vacunas combinadas que permiten preparar en un único preparado múltiples antígenos disminuyendo el nº de inyecciones y las posibilidades de error en su administración.

Sin embargo, mientras existen diferentes laboratorios que comercializan la vacuna pentavalente, sólo uno comercializa el hexavalente, por lo que las últimas adquisiciones se han realizado a través del procedimiento negociado por exclusividad.

El TACRC en un caso similar entendió que semejante forma de proceder infringe el principio de libre competencia ya que se restringe la licitación a un único licitador, y se ha infringido el artículo 101.8 dado que para describir el producto que se tiene que adquirir se ha hecho referencia a una patente sin acompañarla de ninguna expresión que permita entender que se han incluido otras vacunas que tienen una funcionalidad equivalente.

La Junta considera que si ambas vacunas, la pentavalente y la hexavalente cumplen una función equivalente, no existen razones técnicas ni de exclusividad que lo justifiquen. Una opción sería recurrir al uso de las variantes como ya han hecho algunas CCAA como Cataluña.

3.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE 27 DE MARZO DE 2013. CENTRAL DE COMPRAS DE MEDICAMENTOS

El Tribunal administrativo se pronuncia sobre la posibilidad recogida en pliego de que la administración pueda solicitar una rebaja en el precio en el caso de que, durante la vigencia del acuerdo marco, se aprobase un producto biosimilar a alguno de los productos biológicos seleccionados. En caso de que la compañía adjudicataria no aceptase la rebaja, la adjudicación podía quedar resuelta.

El Tribunal entiende que el sistema diseñado por el INGESA vulnera las reglas sobre la libre competencia, que queda seriamente afectada si durante toda la vigencia del Acuerdo Marco se mantiene al adjudicatario preseleccionado como único suministrador de una parte del mercado.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2012, rec 59/2012. NEUROFISIOLOGÍA Y NEUROLOGÍA. COMPETENCIAS PROFESIONALES

La Sociedad Española de Neurofisiología sostiene en su recurso que las pruebas neurofisiológicas que se llevan a cabo en los centros y hospitales de la Comunidad Autónoma del País Vasco deben realizarse exclusivamente por especialistas con el título propio en la especialidad de Neurofisiología, y que ésta constituye una especialidad distinta de la Neurología a la que le corresponde realizar las pruebas de exploración funcional del sistema nervioso central y periférico.

La Sala, invocando el principio de unidad de doctrina y de seguridad jurídica se adhiere a la decisión adoptada en la STS de 17 de julio de 2012, en el sentido de negar que haya incumplimiento alguno por parte de la Comunidad Autónoma vasca en permitir que las pruebas neurofisiológicas se practiquen en los hospitales públicos por neurólogos.

En concreto la Sala afirma que estamos ante la regulación propia de la profesión sanitaria cuya competencia corresponde al Estado, sin que pueda deducirse de la normativa vigente que exista la exclusividad

invocada por la recurrente. Como recoge la Sentencia “*No existe norma alguna que sustente la pretensión de la actora excluyendo a los neurólogos para la ejecución de pruebas fisiológicas sin una previa modificación de la profesión médica sanitaria por parte de la Administración del Estado en ejercicio de sus competencias determinando el programa formativo, sus objetivos y las competencias y exigiendo que en todos los hospitales públicos exista una Unidad de Neurofisiología para la ejecución de pruebas neurofisiológicas, si existe Unidad de Neurología*”.

Resulta curioso que dos años antes el TS, en Sentencia de 15 de marzo de 2010 estimara el recurso interpuesto por esta misma Sociedad contra la Comunidad de Madrid, si bien en este caso dicha estimación fue consecuencia de los efectos del doble silencio negativo (art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

2.- SENTENCIA DEL TS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012 N° REC 829/2012. COMPETENCIAS PROFESIONALES: ENFERMERÍA FAMILIAR Y COMUNITARIA.

Se impugna por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos la Orden por la que se aprobó y publicó el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria. El argumento es el mismo que se repite en otros recursos similares, si los programas formativos de enfermería pueden incluir o no la competencia y capacidad para diagnosticar enfermedades.

El TS siguiendo el mismo razonamiento que en resoluciones anteriores, desestima el recurso por entender que la Orden impugnada ciñe su contenido a la formación especializada, y no supone por tanto regulación de la profesión y de las competencias de los profesionales de la salud.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.- SENTENCIA DEL TS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 2354/2011. VALORACIÓN DAÑO MORAL.

La cuestión suscitada afecta a la cuantificación del importe de la indemnización que procede abonar a los padres de un menor de edad tras haberse declarado mediante Sentencia la responsabilidad patrimonial

de la Administración sanitaria por la hipoacusia severa bilateral sufrida por el menor como consecuencia de la administración de la vacuna “*triple vírica*”.

La Sentencia fija en 35.000 euros, el importe de la indemnización atendiendo para ello al nivel de minusvalía que padece el menor de edad -33%- y la dificultad que supone para el aprendizaje cotidiano, y en especial, en el de la música que venía ejercitando.

La parte recurrente considera que la simple alusión a la minusvalía y a las dificultades de aprendizaje del menor no permite saber a qué conceptos responde la cuantía fijada en sentencia.

Por el contrario, el TS no considera que se haya cuantificado la indemnización de manera inmotivada ni arbitraria, pues dentro de la imposibilidad de valorar los daños morales, la Sala “*a quo*” tomó dos criterios válidos para fijar una cifra.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MARZO DE 2012. EMBARAZO Y CRIBADO PRENATAL.

Mujer embarazada acude a consulta con edad gestacional de 13 semanas y es citada para nueva consulta la semana siguiente donde se supone se le iban a realizar las pruebas del cribado combinado del primer trimestre. Dicha cita se demoró por causas ajenas a la paciente. Se facilita una nueva cita un mes más tarde, y en la consulta no consta que se le hiciera el cribado.

La no realización del cribado antes de la semana 22 de gestación dio lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen de la demanda judicial.

La Sentencia recurrida en casación minoró el importe de la indemnización por la falta de interés mostrada por la paciente en la realización de la prueba diagnóstica –la Sentencia refiere que no consta que la paciente se haya interesado por dichas pruebas- y, en segundo lugar, en que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable.

Por el contrario, el TS considera que el planteamiento anterior no es correcto ya que lo relevante no es que la paciente se interese por unas pruebas, sino que la Administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados. Como señala nuestro alto tribunal “*es la Administración quién debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente*”.

quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene porqué conocer de su existencia ni de su momento de realización”.

Sobre el segundo motivo, la Sentencia señala que “si a la paciente no se le realizan las pruebas del cribado y no se le informa de las malformaciones de su hija, es difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas no realizadas, den un resultado negativo”.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 5283/2011. FALTA DE INFORMACIÓN A UN PACIENTE QUE TIENE LA CONDICIÓN DE MÉDICO.

Paciente que acude a una unidad de urgencias hospitalaria por una disminución de su capacidad de esfuerzo. Al día siguiente se le practica un cateterismo, y ese mismo día una cardioversión eléctrica. Esa misma noche fue empeorando hasta que sufrió un embolismo cerebral.

El recurrente, que tiene la condición de médico, considera que no existió consentimiento para la práctica de la prueba de la cardioversión eléctrica, y de hecho los dos médicos responsables de su tratamiento afirman que fue el otro quién suministró al paciente la información de esta segunda prueba diagnóstica, pero ninguno de ellos puede afirmar que fuese él mismo quién suministró dicha información.

Sin embargo la Sentencia dictada por la Sala de instancia fundamenta la ausencia de consentimiento informado formalizado por escrito, en la relación de amistad o conocimiento entre los implicados, y en la condición de médico de paciente.

En este punto hay que tener presente que la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente contempla excepciones al requisito de recabar el consentimiento escrito, como los casos de urgencia, pero “lo que en modo alguno se prevé es una excepción a tal regla por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso”, a lo que habría que añadir que la especialidad del paciente era la otorrinolaringología, “por lo que no hay base alguna para derivar de aquélla condición un conocimiento propio específico sobre cardiología, o sobre los riesgos que podría conllevar esa segunda prueba. Y en cuanto a la supuesta relación informal o cordial entre los médicos responsables y el paciente, que habría provocado que no se plasma-

se por escrito el consentimiento libremente prestado, la sentencia tampoco se detiene a explicar por qué entonces se hizo constar el consentimiento por escrito para la primera prueba diagnóstica”.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2013, Nº 81/2013. NULIDAD DE LA COMISIÓN DE EVALUACIÓN DEL MEDICAMENTO DE ARAGÓN.

FARMAINDUSTRIA impugna la legalidad de la Orden por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón, por adolecer de graves defectos formales en su tramitación, en concreto, la falta del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

La Sentencia afirma que la Orden combatida merece la calificación de reglamento ejecutivo, considerando como tal según la doctrina del TS “la del reglamento directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento”.

La Sala no discute que la Administración pueda crear una Comisión del Medicamento para ayudar a los profesionales en la racionalización del gasto, pero sí advierte que conforme a la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de Aragón, los reglamentos ejecutivos deben ser informados por el Consejo Consultivo, y esta Orden es un buen ejemplo. Como establece la Sentencia, “impone la obligación de que todo medicamento que se quiera prescribir, deba estar incluido en una guía, es claro que no está dictando una norma meramente organizativa, sino más bien al contrario una norma que afecta a derechos de terceros. Afecta al paciente, que puede ver limitada una determinada prestación farmacológica, afecta a los fabricantes de medicamentos, y afecta a los profesionales de la medicina...”

2.- STSJ DE MADRID, DE 27 DE MAYO DE 2013, Nº 865/2013. NATURALEZA DE INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FARMACIA.

Se impugna la Resolución del SG de Sanidad del Ministerio, por la que se indamite el recurso de alzada interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles contra las instrucciones dirigidas por el Director General de Farmacia a los laboratorios fabricantes, distribuidores, colegios oficiales y oficinas de farmacia, sobre los criterios y procedimientos a seguir para que se aplique la deducción en el precio de los medicamentos del 7,5%.

El Abogado del Estado considera que estamos ante un supuesto de inadmisibilidad previsto en el art. 69.c) en relación con el art. 25 de la LJCA, pues entiende que las cartas a las que se refiere este pleito no pretendían establecer una norma, por lo que no constituyen ni un acto administrativo ni una disposición administrativa de carácter general.

Sin embargo la Sala entiende que estas cartas-instrucciones sí tienen un claro carácter normativo, porque están desarrollando la Ley y tienen un cariz reglamentario, establecen instrucciones detalladas e imperativas de cómo se deben practicar las deducciones del IVA y cómo hacer la presentación y cobros de las facturas de los Colegios Provinciales de Farmacéuticos de las Administraciones Sanitarias.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

1. SENTENCIA DEL TS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 2212/2010. DIVULGACIÓN POR INTERNET DE DATOS SANITARIOS.

La Policía local de Orense advierte la publicación en Internet de un fichero que contiene datos de 1748 pacientes de dos cupos de médicos de localidades ubicadas en Cantabria.

La AEPD sancionó por estos hechos al Servicio Cántabro de Salud por infracción del art. 9 de la LOPD al no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos especialmente protegidos.

La Sentencia impugnada establece que el art. 10 de la LOPD impone una obligación de resultado al responsable del fichero, de modo que el hecho de que en el presente caso no haya quedado plenamente aclarado cómo se produjo la fuga de información es irrelevante.

El TS comparte el mismo criterio, pues en todo caso es incuestionable que dicha fuga muestra que

el Servicio Cántabro de Salud no cumplió su deber de salvaguardia del secreto cuya custodia tenía encomendada. De aquí que los hechos sancionados sean perfectamente subsumibles en el art. 10 de la LOPD y, por consiguiente, que no haya ninguna desviación del principio de tipicidad en materia sancionadora.

2. RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: R/03099/2012. AEPD.

Una paciente del Hospital Virgen de la Salud de Toledo solicita que le remitan a su nuevo domicilio sito en la localidad balear de Palma de Mallorca, una copia de su historial clínico. En respuesta a su solicitud le remitieron un CD que contenía pruebas médicas de otro paciente, lo que evidencia a todas luces que las medidas de seguridad existentes no fueron suficientes.

La conducta denunciada se incardina en el supuesto tipificado en el art. 44.3.h) y apartado d) del citado precepto legal.

El primero de ellos se refiere a la vulneración del deber de guardar secreto ya que se ha acreditado que el Hospital divulgó los datos de salud de un paciente al entregarle datos de su historia clínica a otra paciente.

El segundo apartado tipifica como infracción grave la vulneración del principio de seguridad de los datos que ha tenido como consecuencia que los datos personales de un paciente fueran facilitados a un tercero no autorizado.

No obstante la propia Agencia reconoce que no cabe realizar valoración alguna por parte de esta institución al no existir medidas específicas cuya adopción garantice que en el futuro no se vuelva a producir una infracción como la declarada.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2012, N° 990/2012. ACCESO DE PROFESIONAL SANITARIO A HISTORIA CLÍNICA DE UNA PACIENTE POR MOTIVOS PERSONALES

Una enfermera del Servicio de Urgencias del Hospital de la Ribera, sito en la localidad valenciana de Alzira, accedió con su clave personal a la historia clínica de una paciente del hospital para comprobar si padecía trastornos psiquiátricos y, posteriormente fa-

cilitar la información así obtenida a su hermana, cuya ex pareja convive con la mujer cuyos datos clínicos fueron revelados.

Una vez en poder de la hermana dicha información, que confirmaba los rumores y comentarios de terceros de que esa persona padecía una patología psíquica, la hizo llegar a su letrada quién la presentó en el juzgado para solicitar una suspensión cautelar del régimen de visitas a favor del padre de los hijos de ambos.

¿Podemos entender que se ha cometido el tipo penal descrito en el art. 197 del CP, delito de revelación de secreto, si la acción cometida por la enfermera lo fue para ayudar a su hermana y proteger a los hijos de ésta? ¿Se podría entender que no concurre el elemento subjetivo del delito en atención a los móviles que guiaron su conducta?

El TS considera que los móviles son a estos efectos irrelevantes, resulta indiferente si la acción se realiza con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o por cualquier causa.

Por otra parte, el hecho de que actuara para ayudar a los menores, en la creencia de que éstos pudieran sufrir algún daño, no justifica su conducta y la vulneración del derecho fundamental a la intimidad que encuentra su reflejo en el CP en el art. 197. El sujeto activo del tipo penal es cualquier persona, sin distinción y sin excepción, y sujeto pasivo “otro”, quién quiera quién sea ese otro, sin exclusión alguna, siendo significativo que en el actual CP haya desaparecido la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia. Como dice la Sentencia, “*ello evidencia que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye causa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quién consciente y voluntariamente, como es el caso, lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal*”.

Por lo que se refiere al hecho de que con este acceso no se produjo daño alguno a la paciente, la Sentencia recuerda que también resulta irrelevante la mayor o menor entidad de la patología clínica descubierta, y que la recurrente se limitara tan solo a comunicar a su hermana que la mujer de su ex pareja había tenido cuatro ingresos en el hospital, uno de ellos por intento de suicidio.

Tampoco prospera la alusión que hace la recurrente al Código de Ética y Deontología de Enfermería, ya que en este caso no actuó en su condición de enfermera sino que se aprovechó de su condición para, actuando como tía de las menores y hermana de la madre de éstos, acceder a la historia clínica de la pareja del padre. Por tanto no actuó en el ejercicio de su profesión ni la persona a la que se referían los datos era su paciente.

En este sentido, la Sala precisa el alcance de los preceptos recogidos en el citado Código de Ética al señalar que éstos no habilitan a cualquier profesional de la enfermería a acceder por razones privadas a la HC de cualquier paciente del centro en el que trabajan. “*La norma deontológica guarda relación con el deber de denunciar una posible infracción o peligro observados por un profesional en el ejercicio de su actividad, pero no otorga la facultad de disponer de datos reservados para su cesión a un tercero, a fin de que los utilice en el seno de un procedimiento matrimonial de carácter privado*”.

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA DEL TS DE 3 OCTUBRE DE 2012.VACACIONES E IT.

El TS se había manifestado en diversas ocasiones sobre la coincidencia del período de vacaciones con la incapacidad temporal cuando ésta se inicia después de fijado el período vacacional pero antes de comenzar el disfrute del mismo. La duda se suscitaba en relación con la extensión del mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones si la incidencia del proceso de IT aconteciera durante el período vacacional.

El TS en su Sentencia de 24 de junio de 2009 consideró que el tratamiento que merece la IT que surge durante el disfrute de las vacaciones tiene que ser distinto, pues “*es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador*”.

No obstante el TS, mediante **Auto de 26 de enero de 2011**, planteó cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE que fue respondida mediante la **STJUE de 21 de junio de 2012** en el sentido de afirmar que, efectivamente, existe tal oposición entre el artículo 7 de la Directiva y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante

el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidente con tal período de incapacidad. El hecho de que el recurrente fuera personal laboral, y además ajeno al ámbito de la Administración Pública, entendemos que no tiene entidad suficiente como para desactivar su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas. En efecto, hay que precisar que la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2012**, ya ha declarado expresamente que la actividad de los funcionarios está comprendida en el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, puesto que el concepto de “trabajador” posee un alcance autónomo y no debe interpretarse de forma restrictiva.

En definitiva, la Sala afirma que tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e IT, dependiendo del momento de inicio de esta última, sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho:

“En estos supuestos en que la incapacidad temporal se inicia estando ya de vacaciones el trabajador, el alcance del derecho al efectivo disfrute de las vacaciones no puede ser distinto que el expresamente reconocido en los casos resueltos por la doctrina de esta Sala”.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN DE 13 DE ENERO DE 2012. RETROACTIVIDAD DE UN AÑO PARA EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS.

No resulta controvertido el reconocimiento del derecho al percibo de los efectos económicos con carácter retroactivo, sobre todo tras la STJUE de 22 de diciembre de 2010, y posteriormente el TS en Sentencia de 7 de abril de 2011. Sin embargo queda pendiente de concretar a estos efectos el plazo de prescripción que resulta aplicable, si el plazo de un año conforme a lo previsto en el RD 1181/1989, o si el plazo de cuatro años con arreglo a la legislación presupuestaria. SSTSJ Castilla-León (sede Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de 13-1-2012, nº 5/2012, rec. 112/201, y 21-10-2011, nº 428/2011, rec. 61/2011, afirman:

“No puede compartirse íntegramente el fallo de la sentencia y ha de rectificarse la fecha de efectos económicos de la declaración que ha de

ser necesariamente la de un año antes a la fecha de solicitud de reconocimiento de los servicios prestados en dicha categoría y ello porque es clara la norma contenida en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre, por el que se dictan Normas de Aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública al Personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, cuando dice: «Los efectos económicos de los nuevos trienios resultantes del reconocimiento de servicios previos se extenderán, con arreglo al art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores al período anterior en un año a la fecha de presentación de la solicitud, y ello con el límite, en su caso, de la fecha de perfeccionamiento del trienio. Norma específica al respecto que mantiene su vigencia...»”.

Por su parte el TSJ de CLM en Sentencia de 16 de enero de 2012 se ha limitado a admitir el plazo de prescripción de cuatro años, si bien hay que precisar que no era éste el asunto discutido por las partes, y por tanto, quedó fuera del debate procesal (FJ Sexto).

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2012. REC 3635/2011. COSTAS PROCESALES Y PERSONAL ESTATUTARIO

El Sermas –Servicio Madrileño de Salud- es condenado mediante Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ a asumir las costas, fijadas en 300 euros en concepto de honorarios de los letrados, por el despido de una profesora de la Escuela Universitaria La Paz, de la que es titular el citado Servicio de Salud.

El Sermas considera que no cabe imponer a la Administración el pago de las costas ya que conforme a la STS de 27 de diciembre de 2004, aún cuando no tenga la naturaleza jurídica de Entidad Gestora de la SS:

“No es menos cierto que, por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél

tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el artículo 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita.”

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 1 DE FEBRERO DE 2013, Nº 89. NEGOCIACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL.

Se alega en la demanda que la representación sindical con presencia en la mesa sectorial de sanidad no tuvo tiempo suficiente para valorar las medidas que posteriormente se recogieron en la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada del personal estatutario.

Según se desprende del expediente, las organizaciones sindicales solicitaron un plazo adicional para el examen de los borradores que les habían facilitado y hacer las alegaciones oportunas, a lo que se objetó por la Directora General de RRHH del Sescam la imposibilidad de demorar la negociación.

La Sala considera que no cabe inferir del relato de los hechos que se haya producido vulneración de derecho fundamental alguno, pues los Sindicatos no admitieron el ofrecimiento realizado por la Administración de que el asunto quedase sobre la mesa para un momento posterior, una decisión justificada plenamente por la excepcionalidad y gravedad de la situación económica por la que atravesaba en esos momentos la región.

Asimismo trae a colación la STS de 27 de mayo de 2009, en la que se establece que la potestad de autoorganización y los intereses públicos a los que sirve la Administración quedan a salvo, ya que el sistema de negociación obligatoria que prevé el artículo 32 no impide que, de no existir acuerdo, la Administración siga ejerciendo libremente su potestad administrativa.

5.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012 REC 5887/2012.PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y POTESTAD ORGANIZATIVA

Se interpone recurso de casación por el Sindicato Médico Profesional de Asturias contra la Sentencia del TSJ de Asturias que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuer-

do del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Plan de Ordenación de RRHH del Principado de Asturias.

El primer motivo en el que se funda el recurso es la falta de cuantificación numérica y concreta, distribuida por categorías, de los efectivos de personal que en un futuro resultarán precisos para cumplir los objetivos fijados.

La Sala no comparte la tesis del Sindicato ya que las necesidades asistenciales y sanitarias son variables y por tanto, sujetas a cambios, *“una concreción tan absolutamente como la que reclama el Sindicato provocaría un efecto nada deseable y contrario al objetivo que debe perseguir este instrumento de planificación global de los recursos humanos”*.

En segundo lugar, el Sindicato cuestiona la medida prevista en el Plan con la que se pretende resolver las dificultades de cobertura de plazas en centros hospitalarios periféricos. Para ello, el Plan incorpora un criterio de promoción geográfica que posibilite que los profesionales que llevan algún tiempo ejerciendo sus funciones en Áreas Sanitarias de la periferia puedan gozar de cierta preferencia para acercarse a las demarcaciones próximas a la capital.

A juicio del Tribunal estamos ante una medida que se ubica en el ámbito de la potestad de autoorganización con la que cuenta la Administración, para cuyo ejercicio dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

El Sindicato también cuestiona la opción del sistema de libre designación para la provisión de las Jefaturas y mandos intermedios, y es aquí donde sí encuentran respuesta satisfactoria la pretensión de la organización sindical. Como señala la Sentencia *“no es asumible la previsión genérica que contiene el Plan configurando como libre designación, con carácter general e indiscriminado, los puestos de trabajo referidos a Jefaturas y mandos intermedios”*.

Por último, el Sindicato manifiesta su discrepancia con la regulación contenida en el Plan sobre la prolongación del servicio activo con posterioridad a la edad de jubilación forzosa. El Plan admite la prolongación en aquéllos supuestos en que la Dirección Gerencia del Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas.

El Tribunal no aprecia ilegalidad alguna por entender que la redacción del Plan nos remite a unas circunstancias objetivas que puede conocer el interesado y que le proporcionan elementos ciertos que permitan la tutela judicial correspondiente.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. PRESTACIONES SANITARIAS.

1.1. PROTOCOLO COMÚN PARA LA ACTUACIÓN SANITARIA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 2012.

Protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que muestra una visión integral de toda la problemática asociada a la violencia de género, incluidos los aspectos éticos y legales.

El documento subraya la obligación que asume el profesional sanitario de poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial conforme a lo previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cómo el RD 1030/2006, recoge como una función del personal sanitario de Atención Primaria, Atención Especializada y Urgencias, la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en caso de violencia de género, y todo ello sin perjuicio de las previsiones recogidas al respecto en las legislaciones autonómicas aprobadas en materia de violencia de género.

A tal efecto deberá cumplimentar el parte de lesiones procurando no adjuntar la historia clínica en el momento de su remisión inicial al Juzgado de Guardia, ya que toda la documentación que llega al juzgado, incluida la información clínica, va a ser incorporada al expediente judicial y conocida también por la parte demandada.

Para velar por que se respete el compromiso de confidencialidad del profesional sanitario respecto a este tipo de información tan sensible, se recuerda la importancia que tiene que el profesional sea consciente de la finalidad de la información que registra y valore tanto el contenido como la forma en que se va a recoger en la HC (por ejemplo, evitar que aparezca

el dato de maltrato como antecedente en la emisión de un parte de interconsulta en formato papel), tener presente que lo habitual es que el personal sanitario sea el mismo para todos los miembros de la unidad familiar, incluido el agresor, garantizar un ambiente de intimidad durante las entrevistas o no compartir información sobre la mujer con miembros del equipo en espacios que no sean estrictamente profesionales.

2. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS MÁS COMUNES SOBRE EL REAL DECRETO 1716/2011, DE 18 DE NOVIEMBRE, QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS BÁSICOS DE AUTORIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS BIOBANCOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y DEL TRATAMIENTO DE LAS MUESTRAS BIOLÓGICAS DE ORIGEN HUMANO, Y SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO NACIONAL DE BIOBANCOS.

El documento, que ha sido elaborado por la Instituto de Salud Carlos III, da respuesta a las principales interrogante que plantea la entrada en vigor del RD 1716/2011:

1.- Cuestiones generales.

En este primer bloque se establece la diferencia existente entre un biobanco, una colección de muestras y las muestras conservadas para su utilización en un proyecto de investigación, la estructura organizativa de un biobanco. Muy importante es el papel que desempeña el comité de ética externo del biobanco, cuyas funciones pueden ser asumidas por el comité de ética de investigación del centro siempre que ninguno de los miembros del mismo forme parte de la estructura del biobanco.

Las CCAA solo tendrían que desarrollar el procedimiento administrativo de autorización.

2.- Incorporación de muestras.

En el segundo bloque relativo a la incorporación de muestras a los biobancos, se afronta la delicada cuestión de la información clínica que debe quedar asociada a las muestras depositadas en el biobanco -que deberá ser la mínima imprescindible para que le sea de utilidad al investigador- así como el régimen de

acceso a la historia clínica por parte del responsable del biobanco, quién no podrá tener un acceso libre ni periódico a la historia clínica del paciente que ha depositado sus muestras sin que exista un proyecto concreto que avale dicho acceso.

Por lo que se refiere al acceso a la historia clínica asociada a las muestras entre biobancos que forman parte de una red, cobra gran protagonismo el hecho de que el consentimiento otorgado por el paciente no permite amparar que se compartan datos de su historia clínica entre biobancos. Como establece el propio documento “...para compartir datos de salud entre biobancos, existirían además problemas importantes desde el punto de vista ético. El paciente que otorga su consentimiento para el ingreso de su muestra en un biobanco sería difícilmente consciente de que abre una puerta para que datos de su historia clínica sean libremente accesibles por el personal del biobanco a su criterio...”

3.- Consentimiento Informado.

El CI con fines asistenciales carece de validez para la utilización de muestras en investigación. Una buena opción que contempla el documento que nos ocupa consistiría en que todos los centros asistenciales que dispongan de un biobanco, en todas las intervenciones en las que se puedan obtener muestras soliciten el correspondiente consentimiento para fines asistenciales, y otro distinto para almacenar la muestra en el biobanco con fines de investigación. Este último consentimiento no tendría por qué estar firmado por el investigador o por la persona que da la información para solicitar el consentimiento. El RD se limita a señalar que el consentimiento debe contener la identidad de la persona responsable de la investigación.

4.- Registro de biobancos.

En los biobancos hospitalarios, el titular del biobanco será el responsable del fichero de datos- normalmente el gerente del hospital- con independencia de que haya otra persona que, en calidad de encargado del tratamiento, atienda los derechos de los interesados.

Los hospitales pueden contar con varios biobancos, y respecto al período de conservación de las muestras obtenidas con fines de investigación, se conservarán únicamente en tanto sean necesarias para los fines que justificaron su recogida.

3. SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

3.1. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 8 DE MARZO DE 2012 EN RELACIÓN A SI EXISTEN O NO FUNDAMENTOS JURÍDICOS SUFICIENTES PARA LA INTERPOSICIÓN POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO-LEY 3/2011, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES SOBRE PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA.

El Decreto-Ley andaluz prevé la celebración de convocatorias públicas para la selección de medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando, en el marco del sistema sanitario público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento se identifique por principio activo o el producto sanitario se prescriba por denominación genérica. Pero además, el sistema se concreta en la selección de un único medicamento para cada formulación de principio activo o principios activos o de un único producto sanitario para cada grupo o tipo de productos sanitario.

El Consejo de Estado estima la disposición autonómica vulnera:

- a) La competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

El sistema diseñado en el Decreto-Ley en cuestión comporta una exclusión de la cartera de servicios comunes y para toda Andalucía de prestaciones farmacéuticas que, en cambio, están aprobadas para todo el Sistema Nacional de Salud.

Además contraviene la competencia exclusiva del Estado en materia de financiación pública de las prestaciones farmacéuticas del SNS, ya que al diseñar un mecanismo de selección de un único medicamento y de un único producto sanitario para el marco de toda la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, excluye de la financiación pública aquellos medicamentos que, reuniendo los requisitos establecidos para ser dispensados ante una prescripción por principio activo y aquellos productos sanitarios

que se prescriban por denominación genérica, no hayan sido seleccionados mediante el procedimiento establecido.

b) La competencia exclusiva del Estado en materia de productos farmacéuticos.

El modelo previsto en la normativa andaluza cuestiona las competencias estatales en cuanto a: dispensación, sustitución y régimen de precios.

En cuanto a la dispensación, por cuanto solo se van a dispensar los medicamentos seleccionados.

Sustitución, por cuanto la obligación impuesta por el Decreto-Ley, de dispensar únicamente los medicamentos y productos sanitarios seleccionados por el SAS, limita si no elimina las facultades de sustitución o intercambio en la dispensación previstas en la LGURM.

Sistema de precios, el sistema de subasta fija una suerte de segundo precio en Andalucía para los medicamentos que se dispensen en virtud de una prescripción por principio activo, diferente del establecido para todo el SNS.

Por último, a juicio del Consejo de Estado, también habría que estimar la vulneración de **las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, así como el art. 149.1.1 sobre la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales**.

En efecto, el Consejo de Estado considera que el acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias:

“Podría verse amenazado porque al excluirse de financiación y dispensación todos los medicamentos y productos sanitarios no seleccionados en el marco de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, se priva a los ciudadanos del acceso a los mismos, con la consiguiente ruptura de la exigencia constitucional de igualdad en el acceso a las prestaciones farmacéuticas en todo el territorio del Estado”.

3.2. DICTAMEN 59/2013, DE 1 DE MARZO DE 2013, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS. DICTAMEN EMITIDO EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.

El Consejo Consultivo de Canarias, en sintonía con lo que ya han señalado otros órganos consultivos similares – Comisión de Garantías Estatutarias de Cataluña- considera que la norma en cuestión, si bien no vulnera los límites materiales que para este tipo de normas excepcionales dispone la CE, en cambio sí que traspasa los límites formales del art. 86 de la CE.

Por lo que respecta al fondo del asunto, el CC de Canarias considera legítimas las medidas adoptadas en relación con el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la CE, ya que estamos ante un derecho cuya naturaleza jurídica es la de “principio rector” íntimamente ligado a las disponibilidades presupuestarias. De este modo, igual que durante todos estos años se ha ido ampliando objetiva y subjetivamente el contenido de este derecho en la medida que el Sistema disponía de los recursos económicos que lo permitían, ahora se ha optado por introducir restricciones al situar al asegurado como eje del modelo prestacional (no el ciudadano), y limitar la cobertura a los extranjeros. En definitiva, no cabe consolidar el contenido esencial de este derecho como si fuera inmune a las posteriores novaciones normativas.

Por lo que se refiere a la situación de los extranjeros sin autorización de residencia, el dictamen trae a colación la doctrina del TC que sitúa el derecho a la salud de los extranjeros como un derecho que puede ser limitado por las normas correspondientes, de modo que el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España sin que por ello quepa hablar de una medida arbitraria.

Respecto a las afirmaciones sobre el presunto incumplimiento de los tratados y convenios internacionales, el órgano consultivo autonómico vuelve a invocar la doctrina del TC, y recordar que los textos internacionales ratificados por España no son canon autónomo de validez de las normas y actos de los po-

deres públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

3.3. INFORME ELABORADO POR LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA, DERECHO MÉDICO Y VISADO DE LA OMC SOBRE LAS POSIBLES CONTRADICCIONES QUE PUEDE TENER EL RD-LEY 16/2012 CON LA ÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA. 2 DE JUNIO DE 2012.

Este informe recoge las reflexiones realizadas por la Comisión Deontológica de la OMC tras la aprobación del RD-Ley 16/2012, disposición normativa que presenta dos inconvenientes serios:

- a) Hay medidas que no van a comportar ahorro alguno para el sistema, sino más bien todo lo contrario, más gastos.
- b) Son numerosas las medidas cuya aplicación va a suponer un conflicto ético-deontológico para el profesional sanitario, que no puede dejar de atender a un paciente que había venido recibiendo asistencia por procesos crónicos.

A partir de estas consideraciones, la Comisión enumera los preceptos del Código de Deontología Médica que podrían verse afectados por la entrada en vigor del RD_Ley, como son los preceptos destinados a:

- a) Garantizar la atención médica que precise el enfermo (art. 5.2, 6.1)
- b) Subrayar el compromiso del profesional con una atención sanitaria de calidad (art. 7.2, 23 y 45.1)
- c) Destacar el deber de los médicos de prestar una atención sanitaria eficaz con un rendimiento óptimo de los medios.
- d) Garantizar la continuidad asistencial, que tan solo puede quebrarse si no existe la necesaria confianza entre el médico y el paciente.
- e) Contemplar los deberes de los médicos que asumen cargos directivos en instituciones sanitarias, que deben evitar que se ofrezcan servicios sanitarios sin la debida dotación de medios humanos y materiales.

BIOÉTICA.

1.- ESTRATEGIAS EN SALUD MENTAL DEL SNS. DOCUMENTO DE CONSENSO DE LAS COMISIONES DE CASOS DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL SOMETIDAS A PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

“En una etapa de austeridad en el gasto, se impone una política de coordinación entre administraciones y puesta en común de todo el catálogo de recursos que cada organización puede poner a disposición de estas personas enfermas en situaciones complejas, desde aquellos recursos con mayor perfil de seguridad, cuando el enfermo presente mayor riesgo de comportamiento delictivo, a aquellos con mayor perfil terapéutico y rehabilitador cuando la enfermedad se encuentre estabilizada”.

Esta propuesta sintetizaría la problemática planteada por personas con enfermedad mental tanto en situación de riesgo de cometer un delito, como una vez cometida la acción delictiva y dictada la correspondiente sentencia firme, así como cuando ha finalizado la condena y queda pendiente el reto de la reinserción social de estos pacientes.

El grupo de expertos, del que ha formado parte Jaime Domper, Jefe de Servicio de Salud Mental del Sescam, constata la evidente y manifiesta necesidad de coordinación de los servicios públicos implicados en la asistencia de estas personas con enfermedad mental para evitar situaciones como las que se viven en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, donde un número importante de los internos que, por su clínica, ya no requerirían estar sometidos a una medida preventiva de libertad, seguían ingresados en dicho centro.

2.- GUÍA PARA LOS MIEMBROS DE LOS COMITÉS DE ÉTICA DE INVESTIGACIÓN. COMITÉ DIRECTOR DE LA BIOÉTICA. CONSEJO DE EUROPA. ENERO 2012.

El texto ha sido elaborado por el Grupo de Especialistas en Investigación Biomédica que trabaja bajo la autoridad del Comité Director de la Bioética (CDBI) del Consejo de Europa, con la finalidad de ayudar a los Comités de Ética de Investigación en la realización de su importante papel como evaluadores de las propuestas de investigación.

El documento analiza tanto los aspectos éticos como legales, las funciones de este tipo de órganos consultivos, su composición, metodología de trabajo así como situaciones singulares como la investigación clínica con determinados segmentos de la población (menores de edad, mujeres embarazadas/lactancia y personas privadas de libertad).

3. GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA. CÓDIGO ÉTICO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. 2012.

El documento pone de manifiesto la responsabilidad de los profesionales de la medicina reproductiva con los derechos de los pacientes, y en particular en relación con aquéllos aspectos más singulares de esta prestación sanitaria, como:

1. Advertencia, en relación con la práctica de un diagnóstico preimplantacional, sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el paciente, así como sobre su facultad de decidir si desea conocerlos; y advertencia de la implicación de los datos que se obtengan para sus familiares.
2. La importancia que tiene la implicación del varón no solo como portador de los gametos masculinos.
3. La confidencialidad y privacidad. Así, cuando se quieran utilizar fotografías de niños recién nacidos a consecuencia de las técnicas realizadas en el centro, se deberá incluir una cláusula de protección de datos en la que los padres autoricen dicha utilización; cuidar la intimidad de los pacientes desde el mismo momento que entran en contacto con el centro: salas de espera, espacios comunes...
4. Apoyo psicoemocional a los personas que desean ser padres.