## DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial de la Asociación Juristas de la Salud

### **ESTUDIOS**

~	102102	
•	El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades.  Josefa Cantero Martínez	1
•	El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza. Elsa Marina Álvarez González	21
•	La protección del derecho a la salud de los inmigrantes en Cataluña: políticas de actuación y recursos de la administración sanitaria. <i>Mónica Arbeláez Rudas</i>	33
CO	OMUNICACIONES	
•	Regulación jurídica de la relación laboral de especialistas en ciencias de la salud.  Pilar Palomino Saurina	47
•	El consentimiento a la donación de órganos: profesionales sanitarios, pacientes y familiares. Belén Trigo García Mercedes Gallas Torreira	
	Amalia Puga Martínez	59
•	Legislación.	69
	Jurisprudencia e informes.	79

Bases del Premio DERECHO Y SALUD 2010

Solicitud de suscripción a la revista

Normas de publicación.

Solicitud de asociación.

Derecho y Salud

97 99

101

102



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial de la Asociación Juristas de la Salud

### Volumen 18, Número 2. Julio-Diciembre 2009

### Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

### Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (BARCELONA)
JOSÉ LUIS BELTRÁN AGUIRRE (PAMPLONA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (SANTIAGO DE COMPOSTELA)

### Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS (TENERIFE)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA LA MANCHA)

JAVIER SÁNCHEZ CARO (MADRID)

JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO (BALEARES)

FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (MADRID)

ALBERTO PALOMAR OLMEDA (MADRID)

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS (CANTABRIA)

VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ (CASTILLA LA MANCHA)

MARÍA DOLORES GONZÁLEZ GARCÍA (CASTILLA LA MANCHA)

JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE (MADRID)

ANA MARÍA MARCOS DELCANO (MADRID)

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA LA MANCHA)

### Consejo asesor:

CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (LUGO)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PANPLONA)
PAULA OLIETE TRILLO (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
JOSÉ MA BARREIRO DÍAZ (A CORUÑA)
ANA COMESAÑA ÁLVAREZ (VIGO)
JOSÉ MA PEREZ LÓPEZ (MADRID)
ROBERTO PÉREZ LÓPEZ (A CORUÑA)
JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (OVIEDO)
DAVID SAMPRÓN GÓMEZ (SAN SEBASTIÁN)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (MURCIA)

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS.EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD AVENIDA ROMERO DONALLO, 21, 3º A I 5706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. I I 33-7400
IMPRESO EN ESPAÑA POR TÓRCULO ARTES GRÁFICAS, SA
POLÍGONO INDUSTRIAL DEL TAMBRE, VÍA EDISON 33-35
I 5890 SANTIAGO DE COMPOSTELA
http://www.ajs.es
e-mail: ds@ajs.es



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial de la Asociación Juristas de la Salud

### **ESTUDIOS**

•	El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. <i>Josefa Cantero Martínez</i>	1
	505eja Camero Martinez	1
•	El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza.	
	Elsa Marina Álvarez González	21
•	La protección del derecho a la salud de los inmigrantes en Cataluña: políticas de actuación y recursos de la administración sanitaria.	
	Mónica Arbeláez Rudas	33
CC	DMUNICACIONES	

	especialistas en ciencias de la salud.  Pilar Palomino Saurina	47
•	El consentimiento a la donación de órganos: profesionales sanitarios, pacientes y familiares. Belén Trigo García Mercedes Gallas Torreira	
	Amalia Puga Martínez	59
•	Legislación.	69
	Jurisprudencia e informes.	79
•	Bases del Premio DERECHO Y SALUD 2010	97
	Normas de publicación.	99
•	Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud	101
	Solicitud de asociación.	102

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD. PROBLEMAS DERIVADOS DE UN RECONOCIMIENTO DE SU CAPACIDAD DE OBRAR CON DISTINTAS INTENSIDADES

### Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha. Josefa.Cantero@uclm.es

### 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTO-RIO: LAS EDADES DEL MENOR.

El previo consentimiento del paciente a cualquier actuación médica constituye uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento sanitario, tal como se recoge expresamente en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Sólo se pueden llevar a cabo intervenciones médicas sobre el cuerpo del paciente después de que éste haya sido previamente informado de la finalidad que persigue dicha intervención e ilustrado sobre las ventajas, riesgos, consecuencias e inconvenientes de la misma. Únicamente si existe este conocimiento previo, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento al respecto.

Evidentemente, este derecho a la elección o al consentimiento informado presupone que el paciente reúne unas determinadas habilidades y facultades que le permiten comprender el significado y alcance de sus actos, que posee determinadas aptitudes de comprensión y discernimiento. Por ello, cuando estas facultades para comprender v consentir no existen o están disminuidas, como sucede con los menores, nuestro ordenamiento exige que esa merma sea suplida por los padres o tutores del menor. Pues bien, en este trabajo me propongo analizar una concreta vertiente de la capacidad de obrar del paciente menor de edad. esto es, su facultad o aptitud para ejercitar algunos de los derechos sanitarios de que es titular. Me centraré únicamente en la cuestión relativa a su capacidad para la adopción de decisiones que afectan a su salud, esto es, en el régimen del denominado consentimiento informado.

Las relaciones cotidianas en las que el menor requiere los servicios del médico de atención primaria no suelen plantear grandes problemas jurídicos en la medida en que en ellas se presume un consentimiento tácito y automático que permite actuar al facultativo y legitima su actuación. El problema surge y adquiere especial relevancia jurídica cuando la intervención del profesional sanitario es más intensa y requiere una actuación directa sobre el cuerpo del menor. En estos casos tiene una importancia esencial el consentimiento del paciente que, con arreglo a su autonomía individual y al libre desarrollo de su personalidad, se convierte en sujeto receptor del acto médico pues, sin esta libre concurrencia de voluntades, la actuación del médico queda deslegitimada y puede ocasionar su responsabilidad jurídica, incluso la penal. Acontece, no obstante, que la respuesta que da nuestro ordenamiento jurídico a esta cuestión, tratándose de menores, no es tan clara como hubiera sido deseable.

El primer problema con el que topamos al analizar esta materia se plantea por la necesidad de compatibilizar las normas civiles, que son las que establecen el régimen jurídico general de la capacidad de obrar del menor, con las normas sanitarias, que son las que especifican esta capacidad en el ámbito de la salud. Sucede, sin embargo, que no existe una única manifestación general de la capacidad de obrar, sino que en el propio Código Civil existen diferentes tratamientos de ella dependiendo del tipo de actividades que se pretendan realizar<sup>1</sup>. Como regla general, se ha establecido que la capacidad de obrar se adquiere automáticamente al llegar a la mayoría de edad, esto es, al cumplir los dieciocho años. Así de claro y contundente se muestra el art. 315 del CC al establecer que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. Hasta ese momento, son los padres o tutores del menor los que complementan esa falta

de capacidad, salvo que se trate de actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. El consentimiento informado formaría parte de esos derechos de naturaleza personalísima que, en principio, sólo puede ejercitar el menor por sí mismo (art. 166 del CC).

Para ciertas actuaciones, no obstante, nuestro ordenamiento civil exige una edad mayor. Es lo que sucede, por ejemplo, con la adopción, pues demanda que al menos uno de los adoptantes tenga veinticinco años (art. 175). Para otras actuaciones se ha rebajado la edad hasta los catorce años, tal como ocurre con la capacidad para testar (art. 663.1) o incluso para contraer matrimonio si existe una previa dispensa judicial (art. 48 del CC). Asimismo, los menores que a partir de los dieciséis años estén emancipados están capacitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, aunque también están sometidos a ciertas limitaciones que exigen la intervención de sus padres o curadores para la realización de actividades de gran trascendencia jurídica, como pueden ser la suscripción de préstamos, la venta de inmuebles, de empresas o, en general, de objetos de extraordinario valor (art. 323).

El ordenamiento, pues, gradúa la capacidad de obrar del menor según su madurez y según la importancia de los actos a realizar. Acontece, sin embargo, que la normativa civil, tal como acabamos de apuntar, excluye la representación legal de los padres para los actos relativos a derechos de la personalidad de sus hijos de acuerdo, eso sí, con las leyes y con sus condiciones de madurez. A partir de ahí, se ha interpretado por algunos civilistas que este precepto consagra un ámbito de capacidad de obrar general del menor conforme a su capacidad natural, esto es, a su aptitud volitiva e intelectiva, de modo tal que si el menor tiene capacidad natural v no se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, sólo su consentimiento podría legitimar el acto médico. La elección de un determinado tratamiento médico o su negativa a someterse al mismo no podría ser suplida por la voluntad de los padres, y ello porque el acto de autorizar una intervención en la integridad física de una persona es un acto personalísimo, que formaría parte de lo que la normativa civil denomina como "derechos de personalidad". La única cautela

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Para profundizar sobre el tema, nos remitimos, entre una copiosa doctrina, a JORDANO FRAGA, Francisco, "La capacidad general del menor", Revista de Derecho Privado, 1984; GÓMEZ PAVÓN, P., Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, editorial Bosch, Barcelona, 1994, pág. 94. GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001; GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

sería comprobar que, en atención a sus circunstancias personales, el menor ostenta capacidad natural para prestar el consentimiento informado<sup>2</sup>. Obviamente esto supone trasladar al profesional sanitario una gran carga que resulta muy difícil de acreditar y que puede tener importantísimas consecuencias, pues podría derivar en una eventual exigencia de responsabilidad, ya no sólo patrimonial, sino incluso penal. En este sentido, puede decirse que la tendencia que está mostrando nuestro legislador en los últimos años hacia un mayor reconocimiento de la autonomía del menor resulta poco compatible con el grado de seguridad jurídica que debe envolver la actuación del profesional sanitario.

Para mitigar este marco de incertidumbre jurídica, la normativa sanitaria contemplada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, ha precisado la "mayoría de edad sanitaria" a los dieciséis años, aunque con importantes excepciones. Según lo dispuesto en el art. 9.3.c), se otorgará el consentimiento por representación:

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

Aunque la redacción de este precepto no es tan clara como hubiera sido deseable, puede interpretarse que también el legislador sanitario ha querido graduar la capacidad sanitaria del menor de edad en función de su grado de madurez y de la importancia de la intervención. Como regla general, la capacidad legal para disponer sobre la propia salud se ostenta a partir de los dieciséis años. Este es el

único umbral de seguridad jurídica que ha previsto el legislador para configurar las relaciones entre el médico y el paciente menor de edad, aunque para tomar decisiones de gran relevancia, como son las relativas a intervenciones de gran riesgo, el otorgamiento de voluntades anticipadas o las que implicarían el sometimiento del menor a ensavos clínicos, tratamientos de fertilidad o abortos, existe una remisión directa a las reglas generales de capacidad, esto es, a la mayoría de edad. El mismo tratamiento recibirá el menor de edad emancipado. Si el menor de dieciséis años es capaz "intelectual y emocionalmente" de comprender el alcance de la intervención, también parece desprenderse que podrá él mismo otorgar el consentimiento sin la intervención de sus padres o tutores, aunque la redacción de la lev es poco clara en este punto. Si no es así, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En estos casos, pues, el ordenamiento jurídico no confiere al paciente la facultad de gobernar sus propios intereses y, por tanto, tampoco la potestad de decidir las cuestiones relativas a su salud. Se comprende que deben ser los padres o tutores quienes decidan y otorguen el consentimiento por representación, aunque nuestro ordenamiento ha conferido a los menores el derecho a ser previamente oídos si tienen más de doce años.

Ante este panorama no son pocas, ciertamente, las dudas que se plantean y que obligan a realizar una interpretación integradora de ambos ordenamientos, el civil y el sanitario. ¿Existe algún límite para los padres o tutores a la hora de tomar decisiones relativas a la salud de sus hijos? ¿Se pueden rechazar tratamientos médicos, aunque ello pueda suponer la muerte del menor? ¿Qué valor ha de darse a la opinión del menor mayor de doce años? ¿En qué criterios debe basarse el médico para decidir que el paciente menor de edad es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de una intervención? Todos estos interrogantes no hacen sino situar al profesional sanitario en una posición de notable incertidumbre jurídica.

Pues bien, en las siguientes páginas nos proponemos desbrozar algunas de estas cuestiones para intentar esclarecer el régimen de capacidad sanitaria del menor. Este análisis adquiere un especial interés debido al variado marco jurídico de capacidades que ha previsto nuestro legislador, que resul-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

ta especialmente confuso en el caso de rechazo de tratamientos médicos, toda vez que en estos supuestos la respuesta ni siguiera está expresamente contemplada en el texto de la ley, sino que hay que encontrarla en la interpretación realizada por nuestros jueces y tribunales, esto es, en la jurisprudencia. A todo ello habría que añadir otro factor más de dificultad, el que deriva de las distintas normativas autonómicas, que han venido a completar este marco, a veces a esclarecerlo y, en ocasiones, a establecer ciertas particularidades en el régimen de capacidad del menor para determinadas actuaciones médicas. Como buena prueba de ello, puede traerse a colación el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. En este caso, para el válido otorgamiento del consentimiento se aumentan considerablemente los deberes jurídicos del médico, que deberá garantizar que la información que recibe el menor es completa, objetiva v adaptada a sus necesidades v desarrollo madurativo. Sobre él recaerá también la obligación de asegurarse de que el menor que pretende someterse a una operación de cirugía estética dispone de suficiente madurez mental para su correcta valoración. Para ello se requiere realizar un previo examen psicológico del menor a los efectos de determinar su grado de madurez. Dicho informe tendrá que ser incorporado a su historia clínica y ser valorado por el médico, quien determinará finalmente la pertinencia o no de la intervención, así como la idoneidad del menor para someterse a la operación estética.

### 2. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIEN-TO LEGAL DEL MENOR EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.

Antes de seguir avanzando en nuestro análisis, conviene tener en cuenta, no obstante, que la negación y las limitaciones que establece el ordenamiento civil a la capacidad de obrar del menor no responde a una finalidad limitativa o por sí misma restrictiva. No se trata de reprimir al menor o de mantenerlo gratuitamente bajo la jerarquía de los padres o tutores. Su finalidad es primordialmente tuitiva o protectora del menor, dada su inexperiencia, su natural falta de madurez y su dependencia

personal y patrimonial de los padres o tutores<sup>3</sup>. Por ello, los representantes legales quedan legitimados para ejercer por sustitución este derecho personalísimo, aunque buscando siempre el bienestar y la protección de la persona sustituida.

Desde este planteamiento, resulta fácilmente comprensible que la letra b) del originario artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad se estableciera directamente la obligación del médico de solicitar de los padres o del tutor legal el consentimiento para poder tratar a un menor de edad. En realidad, este artículo no se pronunciaba expresamente sobre esta materia, sino que se limitaba a establecer que, cuando el usuario no estuviera capacitado para tomar decisiones, el consentimiento previo debía ser otorgado por sus familiares o personas allegadas. No se contemplaba expresamente ninguna posibilidad de que el menor pudiera intervenir en la adopción de decisiones relativas a su salud, aunque algunos autores habían interpretado que si los menores reunían condiciones de madurez suficientes y su capacidad de juicio y entendimiento les permitía entender el alcance del acto médico debían ser ellos mismos quienes otorgaran su consentimiento, tal como se deduciría del propio artículo 162 del Código Civil. Otros autores, por el contrario, habían realizado una interpretación excesivamente exagerada de este precepto al entender que, al no señalar la ley ninguna edad, debía mantenerse la mayoría de edad civil, pues cuando la regulación civil ha querido modificarla lo ha hecho expresamente.

En todo caso, es resaltable el avance que se ha producido en estos años en materia de capacidad de obrar del menor. El régimen del paciente menor de edad ha ido experimentando una significativa evolución, aunque no exenta de problemas, toda vez que nuestro legislador ha graduado finalmente su capacidad de obrar en función de su madurez y edad. Ello, por otra parte, parece una solución

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Entre otros muchos autores, resaltan esta idea JORDA-NO FRAGA, Francisco, "La capacidad general del menor", Revista de Derecho Privado, 1984; GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004; PARRA LUCÁN, María Ángeles, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", Aranzadi Civil número 2, 2003.

razonable, toda vez que la minoría de edad abarca un amplio período de tiempo (desde el nacimiento hasta los dieciocho años) durante el cual se va construyendo y desarrollando la capacidad natural del menor y, parece obvio, que la capacidad natural de un menor de pocos años no es la misma que ostenta un adolescente de dieciséis. En coherencia con ello, a medida que el menor va creciendo v desarrollándose, tanto física como intelectualmente, la legislación sanitaria le ha ido reconociendo un mayor ámbito de autonomía y válida actuación pues, evidentemente, no es lo mismo tratar a un niño de tres años que a un menor que está emancipado o que está a punto de cumplir la mayoría de edad. Su capacidad natural no es la misma. Por ello, la buena lógica y el respeto que siempre se ha de otorgar a la autonomía de la persona aconsejaban tener en cuenta las circunstancias personales del menor y, sobre todo, su grado de madurez para atenuar de esta manera y en la medida de lo posible el grado de interferencia de los padres en la esfera de libertad de sus hijos.

Esta misma idea fue recogida en la Lev Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que propugna la promoción de la autonomía del menor cuando ello sea posible. Esta norma ha supuesto ciertamente un punto de inflexión en esta materia al marcar el paso de una visión estrictamente "protectora" del menor hacia otra "promocional" o de fomento de su autonomía que, como no podría ser de otra manera, se ha visto reflejada en la legislación sanitaria. El problema es que no resulta nada fácil lograr un equilibrio adecuado entre esta nueva tendencia promocional de la autonomía del menor, por una parte, con la visión exclusivamente protectora que hasta ahora había tenido el régimen previsto por el legislador sanitario y, por otra, con la seguridad jurídica que requiere el médico para desarrollar su labor profesional, tal como después veremos. Por lo demás, este cambio de filosofía fue tempranamente recogida en algunos textos que, aunque tenían carácter internacional, adolecían, no obstante, de la importante virtud de ser jurídicamente vinculantes y obligatorios para los distintos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente de septiembre de 1981 disponía que incluso si el paciente es menor de edad "debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad".

Este importante obstáculo de la falta de obligatoriedad de las previsiones contempladas en estos textos, sin embargo, desapareció con el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997, toda vez que en dicho texto -elaborado en el seno del Consejo de Europa- se contempla expresamente la obligación de los Estados firmantes de adoptar en sus legislaciones internas las medidas que sean necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en dicho convenio. Pues bien, dentro de estas obligaciones, y con la intención siempre de lograr el máximo grado posible de respeto a la autodeterminación de las personas, el artículo 6.2 del Convenio dispone como regla general que cuando un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, autoridad o de una persona o institución designada por la ley, aunque la opinión del menor debe ser tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

Si tenemos en cuenta que dicho convenio fue ratificado por el Estado español y que desde el mes de enero del año 2000 le resulta vinculante, llamaba la atención que el legislador estatal no hubiera contemplado expresamente la necesidad de que también la voluntad de los menores fuera tenida en cuenta por el médico como un importante factor decisivo en aquellos supuestos en los que, a juicio del médico, el menor de edad demostrara poseer un importante grado de discernimiento y madurez, esto es, lo que en el ámbito civil se conoce como capacidad natural. Esta falta de regulación resultaba especialmente significativa si teníamos en cuenta que esta posibilidad ya había sido explícitamente recogida en la última reforma que se realizó del Código de Ética y Deontología Médica en el año 1999 y que algunas legislaciones autonómicas que se habían promulgado en los últimos años en materia sanitaria ofrecían ya una regulación bastante más detallada y completa que la estatal respecto al consentimiento del menor. No resultaba en modo alguno lógico que algo tan importante como el derecho a la autonomía del paciente menor de edad fuera objeto de un trato tan desigual dependiendo exclusivamente de la Comunidad Autónoma de residencia.

La necesidad de respetar el derecho a la autodeterminación del paciente, aunque éste no hava alcanzado todavía la mavoría de edad. la suscripción de los textos de carácter internacional que prevén su intervención en la toma de decisiones médicas y la necesidad de lograr cierto grado de homogeneidad en algo tan importante como los derechos de los pacientes que, no olvidemos, entroncan directamente con algunos derechos fundamentales, hacían absolutamente necesaria la intervención del legislador estatal en esta materia<sup>4</sup>. El obietivo no era otro que el de elaborar una normativa que, con carácter de norma básica, estableciera un tratamiento más uniforme y respetuoso con el principio de autodeterminación en todo el territorio nacional. Y esto es básicamente lo que vino a hacer la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información clínica, de la que nos ocuparemos seguidamente.

### 3. EL RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN LA LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE.

La actual regulación del consentimiento del menor refleja una nueva concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y dotados de cierto grado de autonomía para la toma de decisiones relativas a su salud. Tal como se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, el desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia al introducir la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. "El conocimiento científico actual permite concluir que no existe una

diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos", pues se ha entendido que sólo de esta manera podrán ir construvendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su provección de futuro. Por otra parte, la idea de que el menor "debe ser escuchado si tuviere suficiente juicio" se ha ido trasladando y afianzando en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico, incluida la sanitaria. Esta idea introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos, de tal forma que las limitaciones que pudieran establecerse deben interpretarse de forma restrictiva.

Sucede, no obstante, que el legislador ha graduado la relevancia que el médico debe dar a la voluntad de su paciente en virtud de determinadas variables, como son las relativas a su edad, a su grado de madurez mental y, sobre todo, a la relevancia de la intervención médica lo que, sin duda, lo sitúa automáticamente ante un marco de cierta complejidad jurídica. Efectivamente, si el paciente es menor de edad y no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento se presentará por representación. Serán en estos casos sus representantes legales, esto es, sus padres o tutores, quienes tomen la decisión y, en consecuencia, presten el consentimiento informado. La única indicación que al respecto nos da el legislador se refiere a la necesidad de que esta decisión sea adecuada a las circunstancias concretas del caso y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del menor y con respeto a su dignidad personal. En estos supuestos también nos especifica el art. 9.5 de la Ley 41/2002 que el paciente menor participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. No obstante, si el menor tiene doce años cumplidos deberá ser escuchada su opinión, aunque, al igual que ocurría en el supuesto anterior, nuestro ordenamiento no nos dice qué valor tendrá que darle el pediatra a su opinión ni cuál prevalecerá en caso de que ésta no coincida con la de sus representantes legales o, incluso, con la del médico.

Por último, se establece una tercera categoría que no está exenta de problemas. Nos referimos a

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Esta tendencia gradual al reconocimiento de los derechos del menor y de su autonomía se ha visto también reflejada en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que ha venido reconociendo la necesidad de respetar los derechos del menor en función de su edad, especialmente si se trata de derechos fundamentales. En este sentido, puede traerse a colación su Sentencia de 18 de julio de 2002 o de 29 de mayo de 2000, en las que explicitó que el ejercicio de sus derechos fundamentales no puede abandonarse por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales deberá modularse en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.

los supuestos de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos. En este caso se ha producido una sustancial rebaja de la mayoría de edad sanitaria, toda vez que ya no cabe prestar el consentimiento por representación. Será el propio paciente el que tome las decisiones y preste su consentimiento, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, en cuyo caso los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La interrupción voluntaria del embarazo -al menos por el momento-, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Veámoslo con algo más de detalle.

### A) EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPA-CIDAD DE OBRAR SANITARIA A LOS DIE-CISÉIS AÑOS. LA FIJACIÓN DEL UMBRAL DE MADUREZ DEL MENOR Y SUS MÚLTI-PLES EXCEPCIONES.

La Ley 41/2002 pretende hacerse eco de esta nueva concepción del menor y trasladarla al ámbito de las relaciones médico-paciente. Su artículo 9 viene precisamente a contemplar con carácter básico una regulación bastante más acorde con el respeto al derecho a la autonomía del paciente legalmente incapaz o menor de edad aunque, no obstante, en algunos aspectos de esta nueva regulación se siguen vislumbrando ciertas connotaciones propias de una concepción todavía excesivamente paternalista de la medicina. Su principal novedad consiste en disponer una rebaja de la mayoría de edad en materia sanitaria al fijarla en dieciséis años.

Ha previsto el legislador, efectivamente, que en los casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años les corresponde a ellos mismos otorgar el consentimiento para someterse a cualquier tipo de intervención médica. Se les reconoce capacidad obrar, aunque no plena, como ahora veremos. La doctrina ha advertido de los riesgos que supone partir sin más del criterio cronológico en los pacientes menores de edad, sin ningún tipo de aclaración, pues la clave se encuentra en la presencia en el menor de condiciones de madurez suficientes, de capacidad natural, lo que no siem-

pre guarda relación directamente proporcional con su edad, sino que debe analizarse en cada caso concreto, dada la patente variabilidad existente en esta materia en los distintos sujetos<sup>5</sup>. En este sentido, podría resultar una herramienta muy útil el examen psicológico de madurez del menor para someterse a determinado tipo de intervenciones, tal como se ha hecho, por ejemplo, en Andalucía para las operaciones de cirugía estética de los menores, aunque, obviamente, la inversión de tiempo que ello requiere y los gastos que provocaría en el sistema público sanitario harían inasumible la generalización de este modelo.

El reconocimiento de la capacidad de obrar sanitaria a los dieciséis años tiene, sin embargo, importantes excepciones. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de prever de forma anticipada los tratamientos a los que desearía someterse el menor en caso de encontrarse en una situación futura en la que no pudiera él mismo consentir, esto es, aceptar o rechazar tratamientos. El artículo 11 de la Ley de autonomía del paciente niega a los menores de edad la posibilidad de realizar documentos de instrucciones previas. Como ha señalado GARCÍA GARNICA, ciertamente llama la atención la exclusión de estos supuestos, pues la naturaleza iurídica del consentimiento informado no varía por el hecho de que éste lo emita anticipadamente o no. A mi juicio, sin embargo, ya no se trata únicamente de un problema de inmutabilidad de la naturaleza jurídica del consentimiento, sino de las graves consecuencias que de dicho documento se pueden derivar. Pensemos, por ejemplo, en una desconexión de un respirador automático o el rechazo a someterse a técnicas de reanimación. En estos casos, el supuesto de hecho sería equiparable al de la negativa del menor a someterse a tratamientos vitales que, como después señalaremos, se aparta del régimen general de autonomía del menor y se somete a importantísimas cautelas.

La segunda excepción afecta a aquellos supuestos en los que el médico tenga que realizar una actuación de grave riesgo. En estos casos, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Esta solución puede crear importantes problemas prácticos en caso

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001.

de discrepancia entre la opinión de los padres y la de los hijos mayores de dieciséis años o emancipados en la medida en que no determina el valor que el médico ha de otorgar a la opinión de los padres ni proclama con exactitud a quién corresponde en estos casos la "toma de la decisión correspondiente". Lo único claro que se deduce de este precepto es la existencia de un mandato para que la opinión de los padres "sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente", pero ¿a quién va dirigido este mandato? Si la opinión de los padres ha de ser meramente tenida en cuenta es porque el legislador no ha querido atribuirles la adopción de la decisión final. Si tal es el caso, resultaría curioso que el legislador no hava seguido lo que es su tónica general en esta regulación de los límites a la autonomía del menor y hava previsto la automática sustitución de su voluntad por la de sus padres.

Tampoco este mandato parece que vaya destinado al menor, toda vez que sería absurdo proclamar, por un lado, la autonomía del menor y al mismo tiempo, y por otro lado, obligarle a que en la prestación de su consentimiento tuviera que tener en cuenta la opinión de sus padres. Todo parece apuntar, pues, a que en estos casos y paradójicamente la última decisión estará en manos del propio médico. De ser ello así, la medida resultaría ciertamente paradójica, pues si con la nueva regulación se ha pretendido lograr un mayor grado de respeto a la autonomía de los menores limitando los supuestos en que su voluntad es sustituida por la de sus padres, no tendría sentido cambiar su voluntad por la de los propios facultativos. A la vez que ello podría ser foco de importantes problemas jurídicos, toda vez que el importante grado de discrecionalidad que se le otorgaría al médico y la falta de criterios orientadores para la adopción de la decisión final fácilmente podrían dar argumentos para una eventual exigencia de responsabilidad del facultativo en caso de que la intervención no lograra los resultados esperados. Ésta es, al menos, la solución que parece haberse apuntado en Andalucía para el sometimiento de los menores a operaciones de cirugía estética, toda vez que, a la vista del informe de madurez realizado por el psicólogo, será finalmente el facultativo quien determinará la pertinencia o no de la intervención (art. 5.6 del Decreto 49/2009, de 3 de marzo).

La tercera excepción expresa al principio de autodeterminación del menor emancipado o mayor de dieciséis años se refiere a los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, realización de ensavos clínicos o sometimiento a técnicas de reproducción asistida. En todos estos casos, la nueva regulación tendrá un papel meramente supletorio según lo previsto en la Disposición Adicional Segunda, pues se aplicará la normativa específica que resulte de aplicación v, en todo caso, se considerará la mayoría de edad conforme a la regulación civil. A estos supuestos, habría que añadir también otros muchos que no aparecen expresamente contemplados en la Lev de autonomía del paciente. sino en su correspondiente normativa sectorial. Ello sucede, por ejemplo, con el trasplante de órganos, la esterilización y la cirugía transexual, toda vez que el artículo 156 del Código Penal impide que el menor pueda prestar su consentimiento, ni siguiera aunque reúna condiciones de madurez suficientes. También la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, exige que el consentimiento sea otorgado por representación cuando sea un menor el que se somete a cualquiera de las técnicas de investigación biomédica, condicionando su empleo al respeto de la dignidad del menor v en beneficio siempre de su salud. Se le reconoce, eso sí, un derecho a "participar" a lo largo del proceso de investigación en la medida de lo posible y según su edad y capacidad para la toma de decisiones (art. 4.2).

Se trata, en definitiva, de connotaciones paternalistas del nuevo modelo que nos permiten concluir que, en realidad, el reconocimiento de la autodeterminación del menor va a ser muy relativo en las intervenciones médicas que tengan una considerable importancia. Es más, cabría plantearse hasta qué punto habría que conceder valor a la autonomía de un menor que se oponga a un tratamiento cuando ello implique poner en peligro su salud y su vida. Si para aquellos otros actos el ordenamiento jurídico niega validez a su consentimiento, con mayor motivo habrá que negar relevancia a su decisión cuando ello pueda suponer una seria lesión para su salud o integridad física.

Recientemente ha vuelto a resurgir el debate acerca de la conveniencia de seguir manteniendo el aborto como una excepción del nuevo régimen de capacidad del paciente mayor de dieciséis años y la necesidad de converger hacia otros modelos europeos que permiten la práctica libre de abortos a chicas menores de dieciséis años sin el consenti-

miento de los padres. Me refiero al Provecto de Lev Orgánica de salud sexual v reproductiva v de la interrupción voluntaria del embarazo (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A de 2 de octubre de 2009), cuya Disposición Final Segunda pretende modificar la Lev 41/2002 con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso. Si sale adelante dicho provecto en estos mismo términos, supondría el aborto libre durante las primeras catorce semanas de gestación, no sólo para las chicas de más de dieciséis años, sino también para las de menor edad con tal que sean intelectual y emocionalmente capaces de comprender el alcance de la intervención y tengan más de 12 años<sup>6</sup>.

Con el nuevo régimen se pretende seguir la propuesta realizada por la Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una nueva norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva, publicada el 24 de febrero de 2009, que recomendó aplicar a la interrupción voluntaria del embarazo el mismo régimen que a las demás actuaciones médicas al entender que "no reviste una mayor gravedad que otras intervenciones clínicas y en la medida en que se refieren al espacio más íntimo de las personas". A mi juicio, sin embargo, esta premisa resulta de dudosa aceptación. Buena prueba de que la interrupción voluntaria del embarazo no es una mera actuación sanitaria más es el hecho del régimen especial de información al que está sometida la válida prestación del consentimiento. La mujer, en este caso la menor, adoptará su decisión sólo tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. El Proyecto de Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

En todo caso, no nos vamos a detener más en esta cuestión, no sólo porque la solución a este problema es sumamente compleja al ser muchos y muy distintos los intereses en juego que el legislador debe tutelar y, fundamentalmente, porque la cuestión depende de convicciones morales y religiosas que exceden de lo estrictamente jurídico<sup>7</sup>. En caso contrario, sobrepasaríamos con creces el objeto de este trabajo. No obstante, tal vez sería recomendable que en este caso el legislador no se limitará sin más a incluir esta materia en el régimen general del consentimiento del menor de edad pues, como estamos viendo en este trabajo, resulta excesivamente complejo y presenta importantes márgenes de inseguridad jurídica para el profesional sanitario, especialmente para la frania de edad comprendida entre los 14 y los 16 años. Y si decidiera hacerlo, que al menos lo haga en unos términos más expresos y certeros, fijando criterios de edad más seguros que eviten el riesgo del médico de incurrir en responsabilidad.8 especialmente en

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Desde determinados sectores se ha apuntado a la necesidad de que se reconozca al menos a los padres el derecho a ser informados de la petición de interrupción voluntaria del embarazo presentado por las menores de edad, especialmente si tienen menos de dieciséis años, a efectos de valorar su madurez. Con ello se trataría de armonizar el derecho a decidir sobre el aborto de la mujer menor con las facultades de orientación y consejo que derivan de la patria potestad, aunque no sería tampoco desacertado que dicho derecho de información cediera en aquellos casos de violencia doméstica acreditada, desarraigo familiar, agresiones y abusos sexuales u otros graves incumplimientos de los deberes de la patria potestad.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> En el fondo de este debate existe también un problema jurídico de compatibilidad de estas restricciones con los principios generales recogidos en el Convenio de Oviedo. Por un lado, porque dichos límites al principio de autodeterminación del menor no aparecen contemplados en el Convenio y, por otro, porque su artículo 26 dispone que el ejercicio de los derechos contenidos en el Convenio no podrá ser objeto de otras restricciones que las previstas por ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Resulta curioso observar que el objetivo expresamente confesado por el legislador orgánico en su Exposición de Motivos no sea otro que el de reforzar "la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo pues, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007, "en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada". No tendría sentido que en la

este caso en la responsabilidad penal que prevé el art. 144 del Código Penal, que castiga al profesional que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento con una pena de prisión de cuatro a ocho años y de inhabilitación especial de tres a diez años para ejercer cualquier profesión sanitaria. Nos encontramos ante una materia en la que los profesionales necesitan que el legislador perfile umbrales de edad con mayor seguridad jurídica y marque criterios seguros para que puedan ejercer su actividad sin incurrir en responsabilidad.

En cualquier caso, dejando al margen este debate sobre el aborto y volviendo a nuestro hilo conductor, podría cuestionarse incluso la falta de coherencia interna del sistema que a veces demuestra el modelo previsto por nuestro legislador. pues no podemos olvidar que la institución civil de la "capacidad de obrar" ha respondido siempre a una filosofía protectora del menor, dada su falta de capacidad natural o de conocimiento, su inexperiencia, su dependencia personal y patrimonial de sus padres y, sobre todo, su falta de madurez intelectiva v volitiva. Por ello mismo, la nueva filosofía promotora o promocional de la autonomía del menor no puede desconocer su naturaleza jurídica tutelar o protectora. Es preciso armonizar ambos objetivos v. a la vez respetar el principio de seguridad jurídica que el legislador debe proporcionar al médico para el ejercicio de su actividad. Por ello mismo, parece perfectamente lícito y razonable, a mi juicio, que se establezcan cierto tipo de limitaciones al principio de la soberana autonomía del menor mayor de dieciséis años. Ahora bien, dicho esto, también parece un poco exagerado que en todos estos casos el legislador directamente v sin más hava sustituido la voluntad del menor por la de los padres, sin contemplar siguiera explícitamente la obligación al menos ser escuchado, de que su opinión pueda ser también tenida en cuenta o incluso la instauración de algún mecanismo judicial para la resolución del conflicto. Estas medidas hubieran permitido introducir algo más de coherencia en un modelo que proclama la libre determinación y autonomía del menor maduro, toda vez que en todos estos supuestos el menor estaría reci-

propia Exposición de Motivos de la Ley se intente justificar ésta precisamente en la necesidad de reforzar la posición jurídica de la mujer y que al mismo tiempo se introdujera al profesional sanitario en la marisma de inseguridad jurídica que supone a día de hoy el régimen del consentimiento de la mujer menor de edad.

biendo un trato peor que si tuviera menos de doce años, pues en este caso, aunque el consentimiento venga atribuido a su representante legal, existe el deber de escuchar al menos su opinión.

La sana lógica y el buen juicio nos llevarían también a esta solución, más que nada porque ello también podría derivarse de la interpretación del Convenio de Oviedo y del Código Civil. Ahora bien, desde parámetros de buena técnica jurídica hubiera sido deseable mayor claridad al respecto y que el legislador sanitario hubiera concretado explícitamente este derecho a ser oído también en estos otros supuestos. Esta solución tan drástica se aleja considerablemente de la idea del máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual en que se concreta la nueva filosofía inspiradora de la reforma.

### B) LA POSICIÓN DEL MENOR QUE SE ENCUENTRA ENTRE LOS DOCE Y LOS DIECISÉIS AÑOS. EN TODO CASO, SU DE-RECHO A SER OÍDO.

Mayor inseguridad jurídica presenta todavía el régimen del menor de dieciséis años que es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 no deja muy clara cuál es su situación, parece desprenderse que él mismo puede otorgar válidamente su consentimiento<sup>9</sup>. Si no

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Para PARRA LUCÁN, por ejemplo, el art. 9.3 permite entender que en estos casos se excluye la representación de los padres si el menor es capaz de comprender el alcance de la intervención. Ahora bien, a juicio de la autora ello no significa que pueda prescindirse del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor. Esto último no parece razonable, y resulta preferible conciliar la regla con lo previsto en el ámbito del ejercicio del deber de guarda de los padres (arts. 154, 215, 216, 267 y 269 del Código Civil). En definitiva, pues, se excluiría la representación (es decir, no cabe que otro tome la decisión por el menor), pero no la intervención de los padres, que deberían prestar también su consentimiento, junto con el del menor, como manifestación del deber de velar por él. PARRA LUCÁN, María Ángeles, Op. Cit. A mi juicio, sin embargo, no parece que ésta haya sido la voluntad del legislador en la redacción de este precepto, aunque ciertamente no falta lógica en esta argumentación, en la medida en que permite al menos armonizar la normativa civil de la representación con el nuevo régimen autónomo de la autonomía sanitaria del menor. Si ésta hubiera sido la intención del legislador, lo hubiera establecido expresamente. Si tal hubiera sido el caso, habría sido mucho más sencillo y clarificador exigir expresamente un doble consentimiento, el del menor y el de los padres o representantes legales. Más bien da la impresión

reúne estas condiciones de capacidad, el consentimiento lo otorgará su representante legal después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Es decir, la capacidad de obrar no se reconoce automáticamente, sino que dependerá del previo análisis que realice el médico acerca de la madurez v juicio del menor, lo que supone trasladar a este profesional de una importante carga de discrecionalidad que lo sitúa automáticamente en un marco de enorme incertidumbre jurídica. El único dato incontestable que proporciona este régimen es el reconocimiento del menor (mayor de doce años) de su derecho a ser oído. En este punto concreto el régimen del consentimiento del menor previsto en la Ley 41/2002 se nos muestra como una regulación soberana v completamente independiente del régimen general previsto en la normativa civil, que hace difícilmente compatible este régimen de autonomía del menor con el deber de los padres de cuidar de los hijos y de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad, tal como se consagra en el art. 39.3 de nuestra Constitución y se detalle en la regulación civil sobre la representación legal.

El médico, por otra parte, debe informar adecuadamente al menor, toda vez que el artículo 5 de la Ley, tras atribuir al propio paciente la titularidad del derecho a la información asistencial, recalca este derecho incluso en caso de incapacidad. Sin desconocer, obviamente, el deber de información al representante, para hacer efectivo el derecho del menor a ser oído resulta completamente imprescindible reforzar y condicionar los deberes de información asistencial del médico, de tal forma que la información suministrada esté perfectamente adaptada a las circunstancias personales del menor, a su edad y madurez, esto es, deberá ser adecuada a sus limitadas posibilidades de comprensión y discernimiento. Mayores problemas presenta la determinación del valor que el pediatra ha de dar a la voluntad del menor, especialmente cuando éste discrepe de la decisión de los padres.

Con el reconocimiento de esta obligación de audiencia del menor, el legislador no ha hecho sino trasladar al ámbito sanitario la regulación general

de que el legislador ha querido atribuir al médico un importante grado de discrecionalidad para que sea él mismo quien se arriesgue en cada caso, so pena de incluir en responsabilidad, y decida a quién corresponde finalmente el otorgamiento del consentimiento informado. prevista en el ámbito civil, confirmando así el carácter promocional de la autonomía del menor que inspira en la actualidad su régimen jurídico. Recodemos que desde el ámbito civil se obliga a los padres a oír a sus hijos menores de edad no emancipados antes de adoptar decisiones que les afecten si éstos tienen "suficiente juicio" (art. 154 del Código Civil). El derecho del menor a ser oído ha sido también consagrado por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2008, de 22 de diciembre, en la que ha estimado que resulta vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) cuando en el proceso judicial no sea oído por el juez antes de la adopción de medidas que afecten a su esfera personal (en este caso, se trataba de la expulsión de un menor).

Recuerda el Tribunal que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12). En nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (STC 22/2008, de 31 de enero). A mayor abundamiento, cita el Tribunal el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europeo de 14 de diciembre de 2007 (e integramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa), en que se establece que "los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez".

Parece, pues, indudable, la obligación del médico de tener en cuenta la opinión libremente expresada del menor. La dificultad, no obstante, se

plantea a la hora de determinar cuándo se puede entender que un menor tiene juicio suficiente, madurez mental. En el ámbito sanitario, sin embargo, parece que el legislador ha querido remarcar la edad de los doce años, posiblemente partiendo de la idea de que, con carácter general, a partir de los doce años puede entenderse que el menor tiene juicio suficiente y, en coherencia con la normativa civil, su opinión tendrá que ser oída por los padres y por su médico antes de tomar cualquier decisión que afecte a su salud.

La necesidad de escuchar al menor constituve una de las principales novedades que aporta la nueva regulación y que viene a ser una traslación al ámbito sanitario del derecho del menor a ser oído que consagró el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual, " el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social". Esta nueva regulación, no obstante, no nos dice el valor que hay que darle a la opinión del menor mayor de doce años en aquellos supuestos en los que su opinión no coincida con la de su tutor o representante legal. Hemos de suponer que algún valor habrá de darse a dicha opinión, pues en caso contrario, no sólo no tendría ningún sentido el establecimiento de esta novedad, sino que tampoco sería ello compatible con la idea básica del respeto de la voluntad del paciente que inspira la reforma. En este sentido, hubiera sido deseable que al menos el legislador hubiera contemplado expresamente algún criterio orientativo, tal como el establecido, por ejemplo, en el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo, a cuvo tenor, la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez.

Esta indeterminación puede acarrear importantes problemas para el médico, toda vez que ante la discrepancia de criterios le resultará muy difícil tener la certeza de que su actuación médica va a estar legitimada por la válida prestación del consentimiento. A nuestro juicio, no obstante, no estaría de más que en estos casos el legislador hubiera aportado algún criterio orientativo, al menos semejante al contemplado en el Convenio de Oviedo o en la Declaración para la Promoción de los Dere-

chos de los Pacientes en Europa, que aclarara el valor que en estos casos ha de dar el médico a la opinión del menor v a la opinión de los padres o que, en último extremo, contemplara expresamente la necesidad de que la decisión final fuera sometida al juez para que éste dirimiera el conflicto y resolviera en todo caso adoptando la decisión más conveniente para la salud del menor. El punto 3.6 de dicha Declaración contempla expresamente que "si un representante legal no quiere dar el consentimiento v el médico es de la opinión que la intervención beneficia al paciente, la decisión debe someterse a tribunales o árbitros". Las Comunidades Autónomas han venido a complementar esta regulación en un intento de esclarecer la posición del profesional sanitario ante tal eventualidad. Buena muestra de ello proporciona el artículo 4.1.k) de la Ley 8/2000 de Ordenación Sanitaria de Castilla-la Mancha, de 30 de noviembre. Parte de la regla lógica y general de que la voluntad del menor ha de ser tenida en consideración, en función de su edad y de su grado de madurez, de acuerdo con lo establecido en el Código civil. Ahora bien, ante la posibilidad de que puedan aparecer discrepancias entre la opinión de quienes actúen como representantes legales del menor y la institución sanitaria, ha previsto la obligación de someter dicha disparidad al juez para que sea éste el que decida en última instancia. Al menos se perfila de esta manera un marco de mayor seguridad jurídica para el pediatra.

C) LA FALTA DE CAPACIDAD DEL PA-CIENTE MENOR DE DOCE AÑOS Y SU AU-TOMÁTICA SUSTITUCIÓN POR LA VOLUN-TAD DE LOS PADRES O TUTORES. ESPE-CIAL REFERENCIA A LAS FACULTADES DE DECISIÓN DE ÉSTOS Y A SUS LÍMITES.

En realidad, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 se refiere genéricamente a esta categoría como a los "menores que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". Nosotros, sin embargo, hemos optado por considerarla como una categoría distinta de la anterior en la medida en que en este caso, que por fuerza tendremos que reconducir a la figura del menor de doce años, no se ha reconocido explícitamente su derecho a ser escuchado. Otra cosa es que este derecho también pueda deducirse para estos menores de la normativa civil e incluso

de la cláusula de cierre del sistema que prevé el art. 9.5 de la Ley 41/2002. Siendo consciente de ello, y por razones puramente sistemáticas y de ordenación del discurso, he considerado útil hacer esta distinción basándome únicamente en este elemento: el reconocimiento explícito o no del derecho a ser oído.

Nuestro legislador sanitario ha considerado que en estos casos el paciente menor no es competente, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de las intervenciones sobre su salud. Por ello no les ha reconocido la capacidad legal necesaria para la adopción de decisiones sanitarias sobre su persona. Esta falta de capacidad es suplida directamente por sus padres o tutores, correspondiéndoles a ellos la prestación del consentimiento informado. Lo que legitima para intervenir en las acciones de estos menores es el hecho de que carecen de algunas capacidades cognitivas y emocionales requeridas para tomar decisiones completamente racionales. Ahora bien, ¿establece nuestro legislador algún tipo de límite al respecto o proporciona alguna orientación para los padres en el ejercicio de esta sustitución? La respuesta, a mi juicio, ha de ser positiva.

La primera pauta sería la actuación siempre en beneficio del menor. El artículo 9.5 de la Ley 41/2002, efectivamente, ha establecido una cláusula general de cierre del sistema de prestación del consentimiento por sustitución para el caso de los menores e incapaces. Tras reconocer la necesidad de que el paciente menor intervenga tanto como sea posible en la toma de decisiones, contempla determinados criterios orientadores de la decisión de la persona que ejerza la sustitución. En concreto, obliga a que la decisión que se adopte sea la más objetiva y proporcionada posible a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Más explicito incluso que el legislador sanitario se manifiesta el artículo 154 del Código Civil que, tras atribuir la patria potestad de los menores no emancipados a los padres, obliga a ejercerla siempre "en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica". Estos criterios orientadores parecen albergar la necesidad de que la persona que sustituye tenga en cuenta el alcance de las consecuencias que el tratamiento médico puede ocasionar sobre la autonomía actual y futura del menor o del incapaz lo que, naturalmente, incluye que, naturalmente, incluye una ponderación de los posibles efectos irreversibles que la intervención médica puede llevar consigo, en la medida en que los tratamientos que tiene tal carácter podrían llegar a condicionar determinados aspectos de la vida futura del menor o de la persona legalmente incapaz.

Cierto es que existen tratamientos ordinarios e intervenciones del médico que tienen poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para él. En estos casos parece claro que los padres pueden decidir por el hijo. Ninguna objeción se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. A pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al niño la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello, es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. En estos casos se respetaría la autonomía del menor con base en lo que DWOR-KIN denomina "consentimiento orientado hacia el futuro". Se trataría, por tanto, de un consentimiento sobre aquello que se supone que los hijos verán con beneplácito en el futuro, de hacer efectivo lo que los propios menores harían si fueran completamente capaces y racionales. Por el contrario, no resultaría admisible que un padre forzara a un hijo a someterse a una intervención médica que afecta profundamente a su autonomía v que no es urgente o absolutamente necesaria para el mantenimiento de su salud, tal como ocurriría, por ejemplo, si se sometiera al menor a una operación de cambio de sexo o a una cirugía plástica por motivos meramente estéticos. En estos casos, el padre estaría usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le estaría imponiendo unos criterios estéticos que el menor puede no compartir y que, en todo caso, no son necesarios para la conservación de su salud.

Nos adentramos, así, en el nada fácil problema de determinar si existe algún límite de decisión para los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad. Para comprender el alcance de esta trascendente cuestión nos puede resultar muy útil echar un vistazo a lo que ocurre en el Derecho comparado. En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el sistema colombiano y las soluciones aportadas por su jurisprudencia ante casos de hermafroditismo. La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 23 de octubre de 1995 ha evaluado con un especial detalle la importancia de respetar los derechos a la identidad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de los menores. De ello ha derivado la existencia de ciertos límites o pautas de actuación para los padres a la hora de adoptar decisiones médicas sobre sus hijos, proclamando que los niños no son propiedad de nadie, ni de sus padres ni de la sociedad, por lo que su vida y su libertad deben de ser de su exclusiva autonomía.

En el caso concreto, cuando el menor tenía apenas seis meses fue atacado por un perro v como consecuencia de dicha agresión sufrió una cercenación de sus genitales. Los médicos del hospital propusieron e impulsaron a los padres, que eran prácticamente analfabetos, a autorizar una operación de reasignación de sexo. Una vez realizada dicha intervención -que más bien parecía un experimento-, el niño fue internado en la "Casa del Niño Dios", un albergue de monjas donde se le dio la educación y orientación propia de una niña. Seis años después tuvo que someterse a una segunda operación de remodelación de los genitales externos femeninos, tal como requería su proceso de readecuación del cambio sexual. Con el paso del tiempo el menor comenzó a rebelarse contra los roles que le habían impuesto los tratamientos médicos y empezó a exigir el cambio del trato social, su cambio de nombre y se negó a tomar las pastillas prescritas por los médicos para aumentar sus senos. Fue entonces cuando el menor se personó ante el Personero Municipal con la intención de que en su nombre y representación interpusiera una acción de tutela contra el hospital y el médico que le practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por haber contribuido a que se efectuara el experimento y contra sus propios padres por haber autorizado la operación de su hijo. La tutela le fue finalmente concedida por la Corte Constitucional al estimar que se había producido una violación de los derechos fundamentales del menor.

Pues bien, ante esta situación se plantea el delicado problema de determinar el grado de autonomía del menor para concretar así hasta qué punto está permitido que una persona que no es el propio paciente autorice una intervención, ¿cuáles son, por tanto, los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte llega a una decisión muy racional que consiste en hacer una ponderación en cada caso concreto de los principios en conflicto, esto es, del principio de autonomía, según el cual es el propio paciente el que debe consentir el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, en cuya virtud, el Estado y los padres deben proteger la salud y los intereses del menor. Para realizar esta delicada labor de ponderación considera la Corte que es preciso tener en cuenta tres factores. El primero y más fundamental de todos ellos se refiere a la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, porque ante todo hay que adoptar la decisión más favorable al mantenimiento de la vida. En segundo lugar, debe valorarse la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Para ello, la Corte distingue entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque "es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal, de suerte que se afecta de manera sustancial al principio de autodeterminación personal". La ponderación de este segundo elemento requiere tener en cuenta obviamente los posibles efectos irreversibles que dicha intervención pueda tener en la vida del menor, en la medida en que los tratamientos médicos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor. Y por último, el tercer criterio que necesariamente ha de ser tenido en cuenta para la ponderación de los dos principios en juego se refiere a la edad y grado de madurez del menor, pues lógicamente no es igual la situación de un recién nacido que la de un adolescente que está a punto de alcanzar la mayoría de edad. Sólo la combinación de estos tres criterios permitiría adoptar la solución más razonable y conveniente para los intereses del menor, en la medida en que permitiría a los padres identificar los casos más extremos y, en consecuencia, les orientaría a la hora de otorgar el consentimiento.

En supuestos de este tipo, podría decirse que las medidas dejan de ser "paternalistas" para con-

vertirse en lo que la filosofía ética denomina "perfeccionismo", esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona que, como sabemos, constituyen los valores fundamentales del ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

Ello, por otra parte, tampoco encontraría amparo en el ejercicio de la patria potestad pues, según el art. 154 del Código Civil, entre las facultades que confiere su ejercicio a los padres está la de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Sin embargo, el art. 162 del Código Civil excluye de estas facultades el ejercicio de los derechos de personalidad del menor, en los que se encuadrarían, sin duda, este tipo de decisiones. Las facultades de sustitución de los padres en materia sanitaria han de hacerse siempre, no sólo en beneficio de los hijos, sino también de acuerdo con su personalidad v con respeto a su integridad física v psicológica, porque así lo exige el art. 154.1 del Código Civil.

En definitiva, pues, a pesar de la escasez de pautas para los padres que proporciona la legislación sanitaria, puede concluirse que las decisiones médicas tan trascendentales para el menor como pueden ser una reasignación de sexo, una cirugía estética o, en general, la denominada medicina satisfactiva, resultarían de muy dudoso amparo legal por ser escasamente respetuosas con su integridad física y psicológica, en suma, con sus derechos de personalidad. No plantearían tantos problemas jurídicos, por el contrario, las actuaciones médicas que tienen una clara finalidad terapéutica o curativa.

Ésta es pues, a mi juicio, la solución interpretativa menos restrictiva de la autonomía del menor y más respetuosa con sus derechos de personalidad, aunque hubiera sido deseable que esta interpretación la hubiera realizado el propio legislador en el texto de la Ley 41/2002 por razones de indudable seguridad jurídica.

### 4. CUESTIONES RELATIVAS AL RE-CHAZO DE LOS TRATAMIENTOS MÉDI-COS. ¿EXISTE ALGÚN LÍMITE PARA EL MENOR O PARA SUS REPRESENTANTES LEGALES?.

Nuestro modelo sanitario está regido por dos principios básicos. En primer lugar, el paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles después de recibir la información adecuada, de modo tal que cualquier actuación en el ámbito de la salud requiere el previo consentimiento libre y voluntario del paciente. En segundo lugar, el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley (art. 2 de la Ley 41/2002). Pues bien, la cuestión que pretendo tratar en este punto es la relativa a la posibilidad que tienen los menores v. en su caso, sus representantes legales para negarse a recibir tratamientos médicos. Del tenor literal de los dos principios, así como del régimen de sustitución legalmente previsto, parece deducirse que éstos podrían libremente rechazar los tratamientos o intervenciones médicas propuestas a sus hijos menores, toda vez que explícitamente no se contemplan aquí excepciones. De la misma manera que otorgan el consentimiento por sustitución podrían, pues, negarse. Ahora bien, que esto sea así no significa que uno pueda tomar libremente decisiones sobre la salud de otro, aunque sea su hijo, especialmente cuando lo que está en juego es la propia vida v que no resulte aplicable el régimen general también en materia de sustitución.

Como apunta SEUBA TORREBLANCA, existe una pluralidad de razones por las que el paciente puede rechazar un tratamiento, desde las dudas de éxito de una intervención, las propias creencias religiosas, la valoración de los riesgos de un tratamiento, la falta de confianza en el médico, etc. Sin embargo, no todos motivos, estos habitualmente se revisten como derechos de la personalidad, merecen la misma protección ni puede afirmarse con carácter previo prevalecen sobre otros intereses que también sean dignos de protección por nuestro ordenamiento jurídico<sup>11</sup>. Sí se puede afirmar que prevalecerán en todo caso los derechos de terceras personas por así

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> DWORKIN, Gerald, "El paternalismo", traducción realizada por Jorge Malem Seña y que aparece recogida en la obra titulada *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, obra dirigida y coordinada por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios*. Materiales del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, VI edición, 2009.

derechos de terceras personas por así contemplarlo expresamente el art. 9.2.a) de la Ley 41/2002, de modo tal que cabría someter forzosamente al menor a un tratamiento médico en contra de su voluntad cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley.

En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. De la misma manera, la Lev Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevé la posibilidad de que el menor pueda ser sometido a internamiento terapéutico obligatorios cuando sean portadores de enfermedades transmisibles, padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad (artículos 7, 29 y Disposición Adicional Segunda de la Lev orgánica). En este caso, no obstante, tendrán que ser los Jueces de Menores los que acuerden las correspondientes medidas terapéuticas.

Al margen de estas situaciones excepcionales habilitadas por la correspondiente Ley Orgánica, la respuesta de nuestro ordenamiento al problema del rechazo al tratamiento médico habría que encontrarla, no sólo en el marco de limitaciones a la libre disposición de los padres que hemos mencionado en el epígrafe anterior y que se deduce del Código Civil, sino también en la interpretación realizada por nuestra jurisprudencia. Si ya esta cuestión del rechazo no resultaba en modo alguno pacífica tratándose de adultos, los problemas jurídicos aumentan todavía más cuando la negativa proviene de un menor de edad, especialmente si ello puede ocasionar la muerte o lesiones irreversibles en su integridad física (pérdida de órganos, de funciones, etc.)

La respuesta a la cuestión del valor que hay que dar a la voluntad del paciente, y más concretamente a la de sus padres o tutores, necesariamente ha de ser distinta, pues no es lo mismo disponer de la propia vida que disponer de una vida ajena. Así lo anticiparon tempranamente algunos autores<sup>12</sup> al considerar que la patria potestad, por mu-

chas facultades que atribuya, no da opción para rechazar cuidados o remedios que podrían salvar la vida del niño, pues la vida ajena juega aquí claramente como un límite al derecho de autonomía de la persona. En estos casos extremos aparece justificada la necesidad de actuar incluso en contra de la expresa voluntad del paciente menor de edad y la de sus padres, pues según consagra como principio general el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, "primará siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Es más, la propia Constitución atribuye la obligación de protección del menor a los poderes públicos en su artículo 39.

Esta solución ha sido corroborada por la jurisprudencia y por la propia doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de julio de 2002. En dicha Sentencia, como ya hiciera en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, reconoce con carácter general que también los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad religiosa y a su integridad moral, "sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar".

Para entender el alcance del pronunciamiento realizado en dicha Sentencia resulta indispensable analizar los hechos que motivan la interposición de este recurso de amparo. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de junio de

transfusión de sangre en peligro de muerte, aún en contra de la voluntad del paciente?), en la *Revista del Poder Judicial*, nº 13, 1984; ROMEO CASABONA, C., *El médico y el Derecho Penal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1981; SÁNCHEZ CARO, Jesús y SÁNCHEZ CARO, Javier, *Consentimiento informado y psiquiatría*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1998; SANTOS MORÓN, Mª José, "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio", *La Ley*, 12 de diciembre de 2002; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, 2005; COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español),* Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una

1997 condenó a los padres de un menor Testigo de Jehová por un delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional. En este caso, el paciente, de 13 años de edad, había tenido un accidente con una bicicleta que le supuso entrar en una situación de alto riesgo hemorrágico, ante lo cual los médicos prescribieron una transfusión de plaquetas para neutralizarla. Los padres, ambos Testigos de Jehová, manifestaron que su religión no les permitía aceptar las transfusiones sanguíneas y por ello se negaron a autorizarla, rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión. Ante el peligro que corría la vida del menor, los facultativos solicitaron y obtuvieron una autorización por parte del Juzgado de Guardia. No obstante, cuando procedieron a realizarla se encontraron con que el menor "sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral". Ante la negativa de los padres a intentar convencer a su hijo de la necesidad de la transfusión, el menor fue progresivamente empeorando hasta que la realización de la práctica transfusional se realizó demasiado tarde y no se pudo evitar su muerte. Los padres fueron acusados de un delito penal de homicidio (artículo 138 del Código Penal) en la modalidad de comisión por omisión dolosa por concurrir en ellos la condición de garantes (artículo 11.a del Código Penal) y existir nexo causal entre la omisión y el resultado.

Ante todos estos hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo consideró que "el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección". No obstante, "muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar su vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible". Argumenta su decisión en la especial posición de garante que tienen los padres respecto de sus hijos, que les atribuye el deber moral y legal de hacer todo lo que sea preciso para evitar cualquier situación que ponga en peligro su salud o su vida, estando, pues, obligados a proporcionar a sus hijos la asistencia médica que en cada momento precisen. A partir de esta argumentación, la cuestión inmediata que se plantea es la de determinar si la oposición rotunda de los hijos menores al tratamiento médico prescrito tiene entidad suficiente como para romper esta situación de garante de los padres, tal como ocurre en el caso contemplado en esta Sentencia del Tribunal Supremo. También aquí el Tribunal quiso ser muy explícito al respecto al establecer que "la posición de garante de los padres no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. De hecho, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida".

La condena penal a los padres fue objeto de interposición de un recurso de amparo por violación del derecho a la libertad religiosa, lo que le ha permitido al Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de julio de 2002 realizar importantes consideraciones sobre el derecho a la libertad religiosa y el significado constitucional de la oposición del menor a los tratamientos médicos. Parte el Tribunal, efectivamente, de que al oponerse el menor a la transfusión sanguínea "estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física", pero ¿qué relevancia puede tener la oposición manifestada por el menor al tratamiento médico? El Tribunal recupera la doctrina sentada en su famosa sentencia sobre el aborto, en la que consideró el derecho fundamental a la vida como un valor superior del ordenamiento constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible, lo que le permite concluir que la capacidad del menor respecto a determinados actos jurídicos no es por sí misma suficiente como para reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

Todas estas consideraciones llevaron al Tribunal a realizar una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto para concluir finalmente en su Fundamento Jurídico 12 en que "es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional que tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser".

Una vez sentado el principio de que la voluntad del menor amparada en su derecho a la libertad religiosa no vincula ni a los padres ni a la Administración si está en juego la vida del menor, se plantea el Tribunal si la posición de garante de éstos resulta afectada por el derecho a la libertad religiosa de los padres o, formulado en otros términos, si es sancionable su decisión de no autorizar la transfusión y de no convencer a su hijo para que consintiera el tratamiento. En estos casos, no se les puede reprochar a los padres desde el punto de vista constitucional su negativa a la autorización del tratamiento médico, toda vez que ello iría en contra de su derecho fundamental a la libertad religiosa, pero resulta perfectamente lícita que una autorización judicial sustituva en estos casos la voluntad del menor o su representante legal contraria al tratamiento médico prescrito.

De este pronunciamiento, a mi juicio, podría extraerse la conclusión de que, ante las decisiones médicas que son absolutamente relevantes para mantener la vida o integridad física del menor, no cabe el rechazo al tratamiento médico, ni de sus representantes legales ni mucho menos del propio

menor. No obstante, la Ley 41/2002 ha perdido la oportunidad de dar cobertura legal a esta solución iurisprudencial para introducir mayor claridad jurídica al respecto. Es más, la nueva rebaja de la minoría de edad puede incluso aumentar las razonables dudas que al profesional sanitario plantean este tipo de situaciones porque, ¿qué ocurriría si el paciente tuviera dieciséis años en vez de trece? A mi juicio, la mayor dosis de capacidad que se ha otorgado al adolescente no justificaría la alteración de los planteamientos que realizó el Tribunal Constitucional respecto a la prevalencia del derecho fundamental a la vida como presupuesto ontológico de todos los demás. A mayor abundamiento, hemos de recordar que también el legislador ha previsto importantes excepciones al reconocimiento de la capacidad de obrar sanitaria de estos pacientes. Dada su gravedad, bastaría con considerar que este supuesto es una nueva excepción de las expresamente contempladas en el artículo 9.4 de la

Por todo ello, llama la atención que la nueva regulación no contemple explícitamente la necesidad en estos casos tan extremos de recurrir al juez o incluso de habilitar para la intervención directa del médico. El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda que podía haber resultado bastante acertada para solucionar problemas de este tipo. En concreto, pretendía que se fijara expresamente la necesidad de que en los casos de sustitución se pudieran llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud del paciente, cuando los que hubieran de sustituir su voluntad se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento, dejando constancia por escrito de todas estas circunstancias. No obstante, la enmienda no fue aceptada y el médico sigue moviéndose, en consecuencia, en un marco de completa inseguridad jurídica.

### 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

**Primera.** La imposibilidad de que el médico pueda practicar un acto médico sin el consentimiento del paciente y la libre decisión de éste basada en su autonomía personal son principios básicos de nuestro ordenamiento sanitario. Estos principios presuponen, no obstante, que el paciente posee determinadas capacidades de comprensión, juicio y discernimiento sobre el significado y al-

cance de sus actos. Cuando dichas facultades para comprender y consentir no existen o están disminuidas, como sucede con los menores, nuestro ordenamiento suple esa merma de capacidad de obrar con los padres o representantes legales del menor, trasvasándoles a ellos el otorgamiento del consentimiento por representación.

Este trasvase de capacidad hacia los padres, lejos de tener una finalidad restrictiva o limitativa de los derechos de los menores, tiene un marcado carácter tuitivo o protector del menor motivado por su inexperiencia, su natural falta de madurez y su dependencia personal y patrimonial de los padres o tutores. Ello justifica que los progenitores queden legitimados para ejercer por sustitución este derecho personalísimo, aunque buscando siempre el bienestar y la protección de sus hijos.

**Segunda.** La Ley 41/2002, de autonomía del paciente, ha establecido un nuevo marco jurídico para el reconocimiento de la capacidad de obrar del paciente menor de edad, permitiéndoles que puedan ejercitar los derechos sanitarios de los que son titulares y la adopción de decisiones válidas que afectan a su salud en virtud de su edad y del grado de madurez intelectual y emocional que poseen.

Dicha norma no hace sino seguir la estela marcada por distintos textos de carácter internacional y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que propugnan la promoción de su autonomía cuando ello sea posible. Todo ello ha motivado un punto de inflexión en esta materia, pues ha supuesto el paso de una visión estrictamente "protectora" del menor hacia otra "promocional" o de fomento de su autonomía. Asimismo, se ha establecido el principio básico de la interpretación restrictiva de cualquier limitación que se pretenda establecer a la autonomía del menor. Sin embargo, no resulta nada fácil lograr un equilibrio adecuado, por una parte, entre esta nueva tendencia promocional y la visión exclusivamente protectora que hasta ahora había tenido el régimen previsto por el legislador sanitario y, por otra, con la seguridad jurídica que requiere el médico para desarrollar su labor profesional.

**Tercera.** El legislador ha graduado la relevancia que el médico debe dar a la voluntad de su paciente en virtud de determinadas variables, como son las relativas a su edad, a su grado de madurez

mental y, sobre todo, a la relevancia de la intervención médica lo que, sin duda, lo sitúa automáticamente ante un marco de cierta complejidad e incertidumbre jurídica. De esta forma, si el menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento se presentará automáticamente por representación, correspondiendo a sus representantes legales, esto es, sus padres o tutores, tomar las decisiones relativas a la salud de sus hijos. Si el menor tiene doce años cumplidos deberá ser escuchada su opinión, sin que el legislador especifique el valor que tendrá que dar el médico a su opinión ni cuál prevalecerá en caso de que ésta no coincida con la de sus representantes legales o, incluso, con la del médico. Por último, ha fijado un umbral objetivo de madurez en esta materia en los dieciséis años de edad. A partir de esta edad, será el propio menor el que decida sobre su salud.

Cuarta. La fijación de la mayoría de edad sanitaria en los dieciséis años está, no obstante, sometida a importantes excepciones contempladas, no sólo en el texto de la Ley 41/2002, sino también en otras normas sectoriales e incluso en el propio código penal, lo que de nuevo contribuye a colocar al profesional sanitario en un complejo marco de inseguridad jurídica. Ello sucede con las actuaciones sanitarias que, según el criterio del facultativo, entrañen grave riesgo, con la interrupción voluntaria del embarazo, con las voluntades anticipadas, con la práctica de ensavos clínicos, con la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, con los trasplantes, con el cambio de sexo y con las esterilizaciones. En todos estos supuestos se exige la mayoría de edad para consentir.

### EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA<sup>1</sup>

### Elsa Marina Álvarez, González

Profesora Avudante-Doctor de Derecho Administrativo Universidad de Málaga

### I. INTRODUCCIÓN.

Tras el rechazo por el Parlamento Europeo el 25 de septiembre de 2008 de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza en los casos en que los enfermos buscan asistencia en un Estado miembro distinto al de residencia, la misma ha sido finalmente aprobada el pasado 24 abril por los europarlamentarios con 297 votos a favor, 120 en contra y 152 abstenciones en primera lectura, con las enmiendas introducidas en el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza de 3 de abril de 2009. El apoyo del Parlamento Europeo a esta propuesta de Directiva supone un paso más hacia su aprobación. No obstante y conforme al procedimiento de codecisión, la aprobación definitiva del texto depende todavía de su aceptación por el Consejo. De aprobarse, los Estados miembros tendrán el plazo de un año desde su entrada en vigor para transponer la Directiva Esta iniciativa legislativa en el marco comuni-

tario se fundamenta en la cada vez mayor interre-

En este sentido, han sido varios los esfuerzos realizados para consensuar las diferentes políticas nacionales sobre asistencia sanitaria. Así, en 2003 la Comisión Europea invitó a los ministros de los Estados miembros y los representantes de la sociedad civil a participar en un proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea. El informe sobre dicho proceso, adoptado el 8 de diciembre de 2003, reconocía el valor potencial de la cooperación europea para ayudar a los Estados miembros a alcanzar sus objetivos sanitarios. En respuesta al proceso de reflexión, la Comi-

lación entre los sistemas sanitarios como consecuencia de la circulación de los pacientes y los profesionales, favorecida por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo que obliga a regular el acceso y la calidad de la asistencia transfronteriza. Tal y como expresaba la comisaria de Relaciones Institucionales y Estrategia de Comunicación de la Comisión Europea, Androula Vassiliiou, esta propuesta de la Comisión Europea aúna los intereses de la Unión Europea, los Estados miembros y sus ciudadanos de manera única y concreta para determinar cómo pueden los pacientes ejercer sus derechos a la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>2</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía P06-SEJ-1861.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Según declaraciones publicadas por el periódico Gerofarma, en su número mensual de julio-agosto de 2008.

sión adoptó una Comunicación sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea (COM (2004) 301, de 20 de abril de 2004) y estableció un mecanismo para llevar a cabo las labores en ella anunciadas: la constitución de un grupo de alto nivel sobre servicios de salud y atención médica. Este grupo de alto nivel, que inició sus trabajos en julio de 2004, reunía a expertos de todos los Estados miembros para trabajar sobre los aspectos prácticos de la colaboración entre los sistemas sanitarios nacionales dentro de la UE.

A principios de 2004, la Comisión en su propuesta de Directiva sobre los servicios en el mercado interior incluyó una serie de disposiciones que codificaban aquellas sentencias en las que el Tribunal de Justicia aplica a los servicios sanitarios los principios de libre circulación. Sin embargo, el Parlamento y el Consejo no consideraron adecuado este planteamiento e instaron a la Comisión a elaborar propuestas específicas al respecto. De ahí que la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior excluva de su ámbito de aplicación "los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización v de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado" (art. 2.2 f))<sup>3</sup>.

El Consejo y el Parlamento Europeo, por su parte, también contribuyeron a los debates aportando diversos informes sobre la materia. El Consejo, en junio de 2006, adoptó una serie de conclusiones sobre los principios y los valores comunes de los regímenes sanitarios de la UE, donde reconoce el valor especial de cualquier iniciativa adecuada en materia de servicios sanitarios que permita a los ciudadanos europeos tener claro cuáles son sus derechos cuando se trasladen de un Estado miembro a otro, así como la importancia de consagrar los valores y los principios en un marco jurídico a fin de garantizar la seguridad jurídica. Y el Parlamento aportó en abril de 2005 un informe sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea; en marzo de 2007, una Resolución sobre la acción comunitaria relativa a la prestación de servicios sanitarios transfronterizos; y, en mayo de ese mismo año, un informe sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior

Todas estas reflexiones desembocaron finalmente en la propuesta de Directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza, aprobada a primeros de julio de 2008, como parte de la Agenda Social Renovada, por la Comisión Europea. En ella se establece un marco comunitario para una asistencia sanitaria transfronteriza segura, eficiente y de alta calidad, mediante el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados Miembros y el establecimiento de una seguridad jurídica sobre los derechos de los pacientes que recurren a la asistencia sanitaria en otro Estado Miembro.

### II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SA-NITARIA TRANSFRONTERIZA: CLAVES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

No cabe duda de que la progresiva eliminación de las barreras y restricciones al ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos europeos a la libre circulación y prestación de servicios dentro de la Unión Europea constituye uno de los mayores éxitos alcanzados. En efecto, la Unión garantiza en su interior las libertades fundamentales de circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la de establecimiento<sup>4</sup>. Por ello, se reco-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Según las consideraciones 22 y 23 de la Directiva de servicios en el mercado interior, "la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de la Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembros en que se presta el servicio". Asimismo, la citada Directiva "no afecta al reembolso de los gastos de servicios sanitarios proporcionados en un Estado miembro distinto de aquel en que resida el beneficiario de los servicios sanitarios. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, y ha reconocido los derechos de los pacientes. Es importante tratar este asunto mediante otro instrumento comunitario para lograr una mayor seguridad y claridad jurídica en la medida en que esta cuestión no esté ya tratada por el Reglamento (CEÉ) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad".

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Tal y como deriva del art. 14.2 del Tratado Constitutivo de la CE al recoger que "El mercado interior implicará un

noce a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la ciudadanía de la Unión<sup>5</sup> y el derecho de circular y residir libremente en el territorio de la Comunidad<sup>6</sup>.

Sobre la base de este reconocimiento comunitario, la primera manifestación del derecho a la salud desde una perspectiva individual la encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Su artículo 35 dispone "toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria v a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana". Se recoge, por tanto, el derecho a la asistencia sanitaria, pero con carácter de "mínimos" y supeditando su contenido efectivo a la regulación interna de cada Estado miembro. La novedad de la Carta de Derechos Fundamentales consiste en otorgar a éste y al resto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos, el carácter de derechos fundamentales europeos. Sin embargo, v en contra de las previsiones iniciales, la citada Carta no fue incorporada al Tratado de Niza de 2001, quedando, en consecuencia, con un valor meramente programático hasta su incorporación como Parte II en el Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de

espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado".

<sup>5</sup> Art. 17.1 de Tratado Constitutivo de la CE. Téngase en cuenta que en el Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa firmado el 29 de octubre de 2004, que no llegó a entrar en vigor por la falta de ratificación de algunos Estados miembros, y en el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, cuya entrada en vigor prevista para el 1 de enero de 2009 ha sido aplazada ante la falta de ratificación de los 27 Estados miembros, ya no reconocen la ciudadanía de la Unión, sino la ciudadanía europea.

<sup>6</sup>Art.18.1 del Tratado Constitutivo de la CE.

<sup>7</sup> El origen de este precepto lo encontramos en el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961 donde ya se recogía el derecho a la protección de la salud. En concreto, dicho precepto establece que para garantizar el derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma, y prevenir, en lo posible las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

octubre de 2004. Como es sabido, este Tratado no llegó a entrar en vigor por la falta de ratificación de algunos Estados, como Francia y Holanda, lo que planteó la necesidad de su reforma, que se llevo a cabo en el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 y que estaba previsto que entrara en vigor el 1 de enero de 2009, fecha que ha tenido que ser aplazada ante la falta de ratificación por los 27 Estados miembros. Por tanto, sólo cuando el Tratado de Lisboa, que remite a la citada Carta de Derechos Fundamentales como catálogo de los derechos que todos los ciudadanos de la Unión deben disfrutar respecto de las instituciones de la UE y las garantías vinculantes de su legislación, sea ratificado por todos los Estados miembros y entré en vigor, formará parte del Derecho originario y será norma a la que se someterán el resto de normas comunitarias.

No obstante, debemos señalar que al definir las políticas y acciones comunitarias en el ámbito de la salud, la Unión ha venido centrándose de manera exclusiva en la salud pública, ámbito en el que tiene competencia para realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento, y sobre el que la Comunidad Europea viene desarrollando una política efectiva desde el año 19928. Al contrario de lo que ha ocurrido en el ámbito de la asistencia sanitaria pública donde apenas existen políticas o acciones comunitarias, y ello, porque la asistencia sanitaria es responsabilidad exclusiva de los Estados miembros. En este sentido, la determinación de los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria. las prestaciones sanitarias, la organización y provisión de los servicios sanitarios, la financiación, etc., son cuestiones que deben abordar las legislaciones nacionales. Ello explica la ausencia hasta el momento de un Derecho derivado -reglamentos y directivas- que regule la asistencia sanitaria o establezca la armonización de legislaciones nacionales sobre la misma.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Con la puesta en marcha, con el Tratado de Maastricht de 1992, de ocho Programas de Salud Pública (que recogían actuaciones en materia de cáncer, SIDA, toxicomanía, promoción de la salud, vigilancia de la salud, enfermedades poco comunes, enfermedades relacionadas con la contaminación y hemoderivados) con el objeto de establecer un marco de acción que permitiera responder adecuadamente a las nuevas obligaciones derivadas del Tratado, las cuales hacían referencia a aspectos como la contribución a la consecución de un alto nivel de protección de la salud, el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, la prevención de las enfermedades y la adopción de medidas de fomento.

Si entendemos por asistencia sanitaria transfronteriza la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto de aquel en el que el paciente tenga su cobertura sanitaria asegurada, aunque no exista a nivel comunitario una concreción jurídica dentro de la protección del derecho a la salud, si que se ha realizado un desarrollo tangencial de la misma en la regulación comunitaria de la Seguridad Social de los trabajadores. En concreto, en el Reglamento (CE) 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena v a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, modificado por el Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y por el Reglamento (CE) 592/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. El Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, se dictó con el objeto de eliminar los obstáculos para la libre circulación de trabajadores derivados de la existencia de una pluralidad de legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, cuva aplicación podría suponer la pérdida de derechos para los trabajadores que se desplazan, por motivos laborales, a otro Estado miembro. Para ello, se establecen una serie de disposiciones que, entre otras previsiones, regulan las distintas prestaciones de Seguridad Social, y por tanto, también regula la asistencia sanitaria en casos de enfermedad y maternidad. Además, con la introducción de la tarjeta sanitaria europea no sólo se ha reconocido el derecho sino que se ha intentando eliminar o simplificar los trámites y formalidades para hacerlo efectivo.

No cabe duda de que el fundamento de esta regulación es garantizar la libre circulación de personas, pero sólo, y esto es lo relevante a efectos sanitarios, durante una estancia temporal en otro Estado, ya sea por motivos laborales, turismo o estudios. No se ha reparado en que la libre circulación de los ciudadanos europeos no sólo consiste en viajes turísticos o laborales de corta duración, sino también en la movilidad no turística como es

el derecho a residir en otro Estado. Y en este caso, existe por ejemplo una limitación real a la libre circulación de los individuos económicamente no activos, como son los jubilados europeos, pues se exige, que los pensionistas demuestren que no van a producir ningún gasto para el sistema social de acogida. En el caso español se exige a los europeos jubilados que quieren disfrutar de una estancia superior a tres meses que trasladen sus derechos de asistencia sanitaria desde su país de origen a España. La exigencia de este requisito limita la libertad de circulación fundamentalmente desde el punto de vista sanitario, pues al trasladar sus derechos de pensionista pierden todos los derechos sanitarios en el país de origen.

Otro ejemplo limitativo hasta el momento de la libertad de circulación en materia sanitaria es precisamente el ámbito objetivo de la propuesta de Directiva, la libre circulación de pacientes, o lo que se ha denominado como "turismo sanitario", es decir, el desplazamiento a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria con cargo a su sistema público de cobertura sanitaria.

Estos efectos tienen su causa en la importante contradicción jurídica que existe en materia de asistencia sanitaria a nivel comunitario, y que está produciendo unas consecuencias jurídicas muy relevantes. Me estoy refiriendo a que al mismo tiempo que se establece que la acción comunitaria debe respetar plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en la organización y provisión de los servicios sanitarios y la atención médica, excluyendo cualquier armonización de la legislación y normativas nacionales, se consagra la integración económica en un Mercado Único Europeo. Esto significa que es enormemente difícil separar la integración económica europea de las responsabilidades puramente nacionales en materia de sanidad, ya que el sistema sanitario también constituve una parte fundamental de la economía. Es imposible regular uno de ellos sin afectar al otro. Y es que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales significa también el libre movimiento de profesionales sanitarios, de usuarios, de medicamentos, de tecnología, de servicios sanitarios, etc. De ahí, que la relación entre la Unión Europea y los sistemas sanitarios se esté convirtiendo en una cuestión cada vez más compleja.

A ello debemos unir el reconocimiento jurisprudencial de una protección comunitaria de quienes se desplazan entre diversos Estados miembros para recibir atención médica en un país distinto al de su residencia al que hemos asistido en los últimos años y que ha fundamentado la propuesta de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza aprobada por la Comisión Europea. Dichos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han dado cobertura jurídica a lo que antes denominábamos libre circulación de pacientes y que presentabamos como ejemplo limitativo de la libertad comunitaria de circulación, pues salvo los supuestos jurisprudenciales no tiene aún respaldo normativo.

Para entender el alcance y las consecuencias de este nuevo concepto "libre circulación de pacientes" es preciso distinguir las distintas situaciones que podrían englobarse en dicha expresión, pues podemos encontrarnos con:

- a) Una persona que se desplaza a otro Estado miembro distinto del de su residencia para recibir asistencia sanitaria a cargo de sus propios recursos económicos. Esta situación responde a la libre prestación de servicios que incluye, además del desplazamiento de empresas y profesionales prestadores de servicios a países distintos de aquel en el que están establecidos, el desplazamiento de los usuarios o beneficiarios de los correspondientes servicios, entre los que se encuentra los servicios sanitarios.
- b) Una persona que se desplaza a otro Estado por motivos de trabajo; viaje de turismo; estudios; cuestiones personales o familiares, etc., y se produce una situación –por enfermedad o accidente- que requiere una atención médica inmediata. Estos supuestos están previstos por el Derecho Comunitario –Reglamento (CE) 1408/71, modificado por los Reglamentos (CE) 883/2004 y 592/2008- y responden, más que a la libre circulación de pacientes, a la libre circulación de personas, pues el objeto del desplazamiento no es recibir asistencia sanitaria.
- c) Una persona que se desplaza a un Estado miembro distinto del de su residencia para recibir asistencia sanitaria como beneficiario del sistema de asistencia sanitaria pública, es decir, con cargo a su sistema público de cobertura sanitaria Sistema Nacional de Salud o Seguridad Social). Este es el

supuesto tipo que responde al concepto de libre circulación de pacientes.

La libre circulación de pacientes así entendida afecta, sin duda, a la configuración del derecho a la asistencia sanitaria y supondría amparar dentro del mismo la financiación pública de la asistencia sanitaria prestada en otro país comunitario cuando el motivo del desplazamiento ha sido el deseo de superar las carencias o insuficiencias de los tratamientos accesibles en el Estado de residencia o para recibir una asistencia de mayor calidad o más rápida que la disponible en su país.

Esta afirmación, contraria a las previsiones del Tratado en materia sanitaria que establece la competencia exclusiva de los Estados miembros en la organización y provisión de sus servicios sanitarios, y por ende, en financiación pública, está adquiriendo mayor fuerza, en los últimos años, a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que reconocen una protección comunitaria de quienes se desplazan entre diversos Estados miembros para recibir atención médica en un país distinto al de su residencia.

En efecto, la doctrina jurisprudencial favorable a la aplicación de la libre prestación de servicios a las regulaciones nacionales sobre la asistencia sanitaria deriva, entre otras, de las Sentencias Stamatelaki, de 19 de abril de 2007; Watts, de 16 de mayo de 2006; Keller, de 12 de abril de 2005; Leichtle, de 18 de marzo de 2004; Inizan, de 23 de octubre de 2003; Müller-Fauré y Van Riet, de 13 de mayo de 2003; Vanbraekel, de 12 de julio de 2001; Geraets-Smits y Peerboms, de 12 de julio de 2001; y Kohll y Decker, de 28 de abril de 1998. En ellas, el Tribunal viene a establecer que aunque los Estados miembros sean los únicos competentes para organizar sus sistemas sanitarios, ello no significa que sus ordenaciones en materia de asistencia sanitaria pública no deban respetar el principio comunitario de libre prestación de servicios, pues el hecho de que un tratamiento médico sea financiado públicamente no elimina su carácter de actividad económica. El Tribunal sostiene también que la libre prestación de servicios abarca la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que precisan tratamiento médico, de acudir a otro Estado miembro para recibir allí esos servicios. Asimismo, el hecho de que la legislación del Estado miembro de afiliación no garantice a un paciente amparado por dicha legislación un nivel

de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido la asistencia sanitaria en el Estado miembro de afiliación constituve una restricción de la libre prestación de servicios a tenor del artículo 49 del Tratado CE. Ahora bien, el que los sistemas sanitarios nacionales exijan una autorización previa para permitir la asistencia sanitaria en el extranjero no supone una restricción al principio de libre circulación de servicios siempre que se justifique por razones imperiosas de interés general –entiende el Tribunal que en la asistencia hospitalaria el interés general queda justificado por las necesidades de planificación sanitaria-. Además, para que un ciudadano europeo pueda recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro es preciso que tenga derecho a la prestación concreta en el Estado del que procede, es decir, que la misma esté en el catálogo de prestaciones de su sistema sanitario, y que tenga el carácter de prestación necesaria en el sentido de que la autorización para someterse a tratamiento en otro Estado miembro sólo puede ser denegada cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo acudiendo a un centro o establecimiento del Estado en el que reside.

Estos pronunciamientos jurisprudenciales han establecido una nueva perspectiva de la incidencia directa de las libertades fundamentales comunitarias sobre los sistemas nacionales de provisión de asistencia sanitaria pública. De ahí, la necesidad de dar cobertura legal al derecho de los pacientes a beneficiarse del tratamiento médico dispensado en otro Estado miembro, lo que ha culminado con la aprobación por el Parlamento Europeo el 24 de abril de 2009 de la propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA APROBADA POR EL PARLAMENTO EUROPEO EL 24 DE ABRIL DE 2009.

Con carácter introductorio, queremos destacar que la denominación elegida para la propuesta legislativa no nos parece la más acertada pues puede inducir a equívocos. Tal y como hemos expuesto anteriormente, por asistencia sanitaria transfronteriza debe entenderse la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto de aquel en el que el paciente tenga su cobertura sanitaria asegurada<sup>9</sup>. En consecuencia, también entra dentro del concepto la asistencia sanitaria prestada a una persona durante una estancia temporal en otro Estado. va sea por motivos laborales, turismo o estudios, así como la asistencia que reciben los jubilados europeos residentes en otro Estado miembro al que transfieren sus derechos asistenciales, supuestos éstos ya regulados por el Derecho comunitario. Si atendemos al ámbito objetivo, la propuesta de Directiva pretende regular la prestación de asistencia sanitaria a quienes se desplazan a un Estado miembro distinto al de su residencia para recibir atención médica, o lo que es lo mismo, para regular la libre circulación de pacientes. Es por ello, que entendemos que sería más correcto denominarla propuesta de Directiva relativa a la aplicación del derecho a la libre circulación de pacientes o propuesta de Directiva relativa a la aplicación del derecho a la movilidad de los pacientes.

Pero al margen de apreciaciones terminológicas, la propuesta de Directiva propone la creación de un marco comunitario para la asistencia sanitaria transfronteriza estructurado en tres ámbitos principales: a) los principios comunes a todos los sistemas de salud de la UE; b) un marco específico para la asistencia sanitaria transfronteriza que establezca los derechos de los pacientes a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, incluidos los límites que los Estados miembros pueden imponer a esta asistencia sanitaria en el extranjero, y el nivel de la cobertura financiera prevista para la asistencia sanitaria transfronteriza, basándose en el principio de que los pacientes tienen derecho a obtener el reembolso por un importe máximo

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> La propuesta de Directiva de la Comisión Europea añadía también la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto de aquel en el que el prestador de asistencia sanitaria resida, esté registrado o esté establecido (apartado b) del artículo 4 de la propuesta de Directiva). Sin embargo, en el Informe de 3 de abril de 2009 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, el Parlamento Europeo ha suprimido de la definición de asistencia sanitaria transfronteriza lo relativo a la prestación de servicios sanitarios, pues la Directiva propuesta solo se aplica a la movilidad de los pacientes y no a la libre circulación de los prestadores de servicios.

equivalente al que se les habría abonado si hubiesen recibido ese tratamiento en su país; y c) la cooperación europea en materia de asistencia sanitaria en ámbitos tales como la colaboración en las regiones fronterizas, el reconocimiento de las recetas emitidas en otros países, las redes europeas de referencia, la evaluación de las tecnologías sanitarias, la recopilación de datos y la calidad y la seguridad, a fin de permitir que la potencial contribución de tal cooperación se materialice de una manera efectiva y continuada.

El objeto de la propuesta es permitir, con base en la libre circulación comunitaria y en los artículos 95<sup>10</sup> y 152<sup>11</sup> del Tratado Constitutivo de la CE, que los pacientes puedan procurarse en otro Estado miembro cualquier atención sanitaria que se les habría prestado en su país y ser reembolsados o pagados directamente los costes de la asistencia sanitaria recibida por un importe máximo equivalente al que habrían percibido de haber recibido allí ese tratamiento, aunque la propuesta de Directiva recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan decidir cubrir otros gastos afines, tales como el tratamiento terapéutico y los gastos de viaje y alojamiento, siempre que el coste total no sea superior a la cantidad que se abona en los Estados miembros de afiliación<sup>12</sup>. Y ello, sin alterar el régimen jurídico existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social, que ya permite acceder a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro en igualdad de condiciones que los residentes en dicho Estado mediante la tarjeta sanitaria europea, así como la asistencia sanitaria planificada y autorizada en otro Estado miembro si en el propio país no se puede tratar adecuadamente la dolencia del paciente sin un retraso indebido y con la financiación pública de todos los costes adicionales del tratamiento<sup>13</sup>.

La propuesta además, remarca que los sistemas de salud son, ante todo, responsabilidad de los Estados miembros y respeta plenamente las responsabilidades de estos en la organización y la prestación de servicios sanitarios y asistencia médica de conformidad con el artículo 152.5 del Tratado CE. Pero, como ya confirmó Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, esta disposición no excluye, sin embargo, la posibilidad de que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, como el artículo 49<sup>14</sup>, o de medidas comunitarias adoptadas en base a otras disposiciones del Tratado, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en sus sistemas nacionales de asistencia sanitaria y seguridad social, pues ello no entraña el debilitamiento de los poderes soberanos en este ámbito.

En este sentido, y como los Estados miembros son responsables, en particular, de determinar qué normas deben aplicarse al reembolso de los pacientes y a la prestación de asistencia sanitaria, el marco comunitario propuesto está destinado a facilitar la cooperación europea en materia de asisten-

Oue regula la adopción por el Consejo y la Comisión de las medidas necesarias para la aproximación de las legislaciones nacionales que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Que regula la acción de la Comunidad en materia de salud pública.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> En este sentido, el art. 6.2 de la propuesta de Directiva establece que "El Estado miembro de afiliación

reembolsará o pagará directamente los costes de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado miembro conforme a lo dispuesto en la presente Directiva hasta el nivel que se habría asumido en relación con la misma afección y bajo las mismas condiciones establecidas en el apartado 1 en el propio Estado miembro de afiliación, sin rebasar los costes reales de la asistencia sanitaria recibida. Los Estados miembros podrán decidir cubrir otros gastos afines, tales como el tratamiento terapéutico y los gastos de alojamiento y de viaje. Los gastos adicionales en que puedan incurrir las personas con discapacidad cuando reciban asistencia sanitaria en otro Estado miembro debido a una o más discapacidades serán reembolsados por el Estado miembro de afiliación de conformidad con la legislación nacional y a condición de que se aporte documentación suficiente en la que se precisen esos gastos".

<sup>13</sup> Es más, la propia propuesta de Directiva establece en el art. 3.2 que cuando se cumplan las circunstancias según las cuales deba concederse una autorización para desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir un tratamiento adecuado con arreglo al artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, serán de aplicación las disposiciones de dicho Reglamento y no las disposiciones de esta Directiva. A la inversa, cuando una persona asegurada desee procurarse asistencia sanitaria en otro Estado miembro en otras circunstancias, también cuando se cumplan las condiciones para la concesión de una autorización en virtud del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y, a partir de su fecha de aplicación, del Reglamento (CE) nº 883/2004, pero no se conceda la autorización, serán de aplicación los artículos 6, 7, 8 y 9 de la presente Directiva, y no lo será el artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Que establece que "en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación".

cia sanitaria, en especial las redes europeas de centros de referencia, la puesta en común de las evaluaciones de nuevas tecnologías sanitarias o el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para dispensar una asistencia sanitaria más eficaz<sup>15</sup>. Y es precisamente el hecho de que los objetivos de la propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión de la acción contemplada, a nivel comunitario, el que la misma sea conforme con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado CE.

En consecuencia, la propuesta sólo establece los principios generales constitutivos del marco de la UE, pero deja un amplio margen para que los

<sup>15</sup> Como la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza no exige necesariamente que el paciente o el profesional se desplacen físicamente de un país a otro; esta asistencia puede prestarse a través de las tecnologías de la información y la comunicación: es la modalidad de prestación que se conoce como «prestación transfronteriza de servicios» o «salud electrónica». Pero para ello, es necesario garantizar que las distintas tecnologías de la información y la comunicación de los sistemas de salud de los Estados miembros sean compatibles o «interoperables». Por tanto, es necesario establecer una armonización comunitaria en este ámbito para alcanzar la interoperabilidad de la tecnología de la información y la comunicación de los Estados miembros. No obstante, la propuesta no impone la introducción de sistemas o servicios de salud electrónica, sino que pretende garantizar la interoperabilidad de dichos sistemas una vez que los Estados miembros hayan optado por introducirlos. Así el art. 16 establece que "la Comisión adoptará las medidas específicas necesarias para lograr la interoperabilidad de los sistemas de tecnologías de la información v la comunicación en el ámbito de la asistencia sanitaria. siempre que los Estados miembros decidan introducirlos. Esas medidas serán conformes con las leves sobre protección de datos aplicables en cada Estado miembro y también reflejarán la evolución de las tecnologías sanitarias y la ciencia médica, incluyendo la telemedicina y la telepsiquiatría, y respetarán el derecho fundamental a la protección de los datos personales. Especificarán, en particular, las normas y terminologías necesarias para la interoperabilidad de los sistemas pertinentes de tecnologías de la información y la comunicación, a fin de garantizar una prestación de servicios sanitarios transfronterizos segura, de gran calidad y eficaz". Además, el Parlamento Europeo ha añadido un nuevo párrafo al art. 16: "Los Estados miembros garantizarán que el uso de la salud en línea y otros servicios de telemedicina: a) responden a las mismas normas de calidad y seguridad de la profesión médica que se utilizan en la prestación de asistencia sanitaria no electrónica; b) ofrecen una protección adecuada a los pacientes, en particular mediante la introducción de los requisitos normativos pertinentes destinados a los profesionales médicos similares a los que se utilizan en la prestación de asistencia sanitaria no electrónica".

Estados miembros apliquen dichos principios de acuerdo con sus circunstancias nacionales, regionales o locales. Es más, la propuesta no altera el derecho de los Estados miembros a definir las prestaciones de asistencia sanitaria que hayan decidido ofrecer a sus ciudadanos. Si un Estado miembro no incluve un tratamiento determinado entre las prestaciones que sus ciudadanos tienen derecho a recibir en él, este mecanismo no crea ningún nuevo derecho según el cual los pacientes puedan recibir dicho tratamiento en el extraniero v ser reembolsados. Tampoco altera el derecho de los Estados miembros a aplicar condiciones a sus prestaciones, como la de exigir la consulta previa del médico generalista para que sea este quien remita al paciente al especialista. Por tanto, la propuesta cumple también el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 5 del Tratado CE.

La principal característica de la Directiva propuesta es que resulta aplicable a toda prestación de asistencia sanitaria transfronteriza con independencia de la manera en que esta se organice, se suministre v se financie o de que sea pública o privada<sup>16</sup>. Ello incluve no sólo la asistencia sanitaria hospitalaria sino también la asistencia sanitaria no hospitalaria. La propuesta entiende por asistencia no hospitalaria toda aquella que no sea asistencia hospitalaria, entendiendo por ésta tanto la asistencia sanitaria que requiera el ingreso del paciente durante, como mínimo, una noche, como la asistencia sanitaria que no requiriendo el ingreso del paciente, requiera el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos, ó que entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población<sup>17</sup>.

Lo singular del reconocimiento del derecho a recibir asistencia no hospitalaria en otro Estado miembro radica en el hecho de que no puede supeditarse el reembolso de los costes de la asistencia no hospitalaria o de la adquisición de un producto relacionado con la asistencia sanitaria en otro Estado miembro a la concesión de una autorización

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Ello sin perjuicio del marco existente de coordinación de los sistemas de seguridad social establecido en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 y su sucesor, el Reglamento (CE) n° 883/2004 (art. 2 de la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo).

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Art. 8.1 de la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo.

previa<sup>18</sup>, pues, a juicio de la Comisión, dicha asistencia no va a menoscabar la viabilidad financiera de los sistemas sanitarios y de seguridad social en su conjunto, por lo que el requisito de autorización previa supondría un obstáculo a la libre circulación. Las únicas limitaciones que pueden imponerse son en cuanto a la elección del prestador u otros mecanismos nacionales de planificación que se apliquen a escala nacional, e incluso condiciones, criterios de admisibilidad y formalidades reglamentarias y administrativas, pero siempre que respeten la libertad de circulación de los pacientes y que tales restricciones al acceso a la asistencia sanitaria no hospitalaria en el extranjero sean necesarias, proporcionadas y no discriminatorias.

En cambio, el sistema de autorización previa para el reembolso de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro puede estar justificado por la necesidad de planificar el número de infraestructuras hospitalarias, su distribución geográfica, el modo en que han de organizarse, el equipo del que han de dotarse o incluso el carácter de la asistencia sanitaria que pueden ofrecer. Por ello, la propuesta de Directiva establece que el Estado miembro de afiliación podrá establecer un sistema de autorización previa para el reembolso por parte de su sistema de seguridad social del coste de la asistencia hospitalaria prestada en otro Estado miembro cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- a) Que si la asistencia sanitaria se hubiera dispensado en su territorio, habría sido asumida por el sistema de seguridad social del Estado miembro en cuestión.
- b) Que sea posible que la ausencia de una autorización previa menoscabe seriamente o pueda llegar a menoscabar: el equilibrio financiero del sistema de seguridad social del Estado miembro; la planificación y la racionalización llevadas a cabo en el sector hospitalario con el fin de evitar el exceso de capacidad hospitalaria, el desequilibrio en la prestación de asistencia hospitalaria y el derroche financiero y logístico, así como el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario universal equilibrado o el mantenimiento de la capacidad de

- tratamiento o la competencia médica en el territorio del Estado miembro de que se trate.
- Que se publique toda la información pertinente sobre los sistemas de autorización previa introducidos.

Además, en caso de que la autorización previa haya sido solicitada y concedida, el Estado miembro de afiliación se asegurará de que el paciente sólo pague por adelantado los costes que hubiera correspondido pagar de esta manera si la asistencia se hubiera prestado en el sistema de salud de su Estado miembro de afiliación. Para los demás costes, los Estados miembros deberán procurar que se transfieran los fondos directamente entre los organismos de pago y los prestadores de asistencia.

En todo caso, como ocurre con la asistencia no hospitalaria, las limitaciones nacionales por razones de planificación aplicadas por los Estados miembros, incluidas las condiciones, los criterios de admisibilidad y las formalidades reglamentarias y administrativas, pueden aplicarse también a la asistencia hospitalaria transfronteriza, siempre que respeten la libertad de circulación de los pacientes y que toda restricción al acceso a la asistencia hospitalaria en el extranjero sea necesaria, proporcionada y no discriminatoria.

Los sistemas de solicitud de autorización previa deberán ponerse a disposición de la Administración sanitaria del Estado miembro al nivel adecuado, y ser accesibles y transparentes para los pacientes. Las normas aplicables a la solicitud y a la denegación de la autorización previa deberán estar disponibles antes de la solicitud para que la solicitud pueda hacerse de forma justa y transparente. Además, los Estados miembros podrán ofrecer a los pacientes un sistema voluntario de notificación previa según el cual, a cambio de dicha notificación, el paciente deberá recibir una confirmación por escrito que indique el importe máximo reembolsable. Esta confirmación por escrito podrá llevarse al hospital de tratamiento y el reembolso se efectuará directamente a ese hospital por parte del Estado miembro de afiliación.

No obstante, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los trasplantes de órganos, que se regularán en una Directiva específica, y las prestaciones en el ámbito de la ayuda social o de la atención social, de la rehabilitación para la reintegra-

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Véase el art. 7 de la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo.

ción en la vida profesional y de los cuidados de larga duración. En concreto, la Directiva no resulta de aplicación a los servicios de salud cuvo principal objetivo es la asistencia a largo plazo, incluidos aquellos servicios que se prestan durante un largo período de tiempo y cuya finalidad es ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias. Por lo que respecta a los cuidados de larga duración, la Directiva no se aplica a la ayuda y el apoyo ofrecidos a las familias o las personas que se encuentran en un particular estado de necesidad de asistencia, apovo o avuda durante un espacio prolongado de tiempo en la medida en que se trate específicamente de un tratamiento por parte de un experto o de asistencia prestada por un sistema de seguridad social. Se trata sobre todo de las prestaciones de cuidados de larga duración que se consideran necesarias para permitir a la persona que requiere cuidados una vida lo más plena y autónoma posible. En este sentido, la Directiva no se aplica, por ejemplo, a las residencias o alojamientos, ni a la ayuda que prestan a personas mayores o niños los trabajadores sociales, cuidadores voluntarios o profesionales distintos de los profesionales sanitarios.

Para que el ejercicio del derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro que reconoce la propuesta de Directiva sea real y efectivo, deben garantizarse una serie de principios comunes que comparten todos los sistemas sanitarios de la Comunidad como la calidad, la seguridad, una atención basada en los hechos y la ética, la participación del paciente, las vías de reparación, el derecho fundamental a la privacidad con respecto al tratamiento de los datos personales, y la confidencialidad. En este sentido, son las autoridades del Estado miembro en cuvo territorio se dispense la asistencia sanitaria, los responsables de garantizar el cumplimiento de estos principios. Sólo así, entiende la Comisión, se puede lograr la movilidad de los pacientes y un nivel elevado de protección de la salud.

Es importante señalar que lo único que debe garantizarse es el cumplimiento de esos principios comunes, y no las vías utilizadas para ello, pues difieren de un Estado a otro. Por ejemplo, para garantizar la equidad, algunos han optado por expresarla en forma de derechos de los pacientes, y otros, en cambio, en forma de obligaciones de los prestadores de la asistencia sanitaria; el cumpli-

miento de las leyes sanitarias también se asegura de manera distinta: en algunos Estados se recurre a los tribunales, mientras que en otros, a órganos rectores, a defensores del paciente o a otros mecanismos; igualmente, responden de manera distinta si los particulares deben contribuir personalmente a sus gastos de atención sanitaria o si debe existir una contribución general, y si esta se abona con cargo a un seguro suplementario. Siendo consciente de estas diferencias, la Directiva sigue otorgando a los Estados miembros la libertad de organizar sus sistemas sanitarios como deseen a fin de aplicar estos principios comunes, de conformidad con el artículo 152, apartado 5, del Tratado CE.

Otro dato relevante de la Directiva propuesta es que se no contempla ni la transferencia de los derechos de seguridad social entre Estados miembros ni otras medidas de coordinación de los sistemas de seguridad social. El único sistema de seguridad social afectado es el sistema de seguridad social del Estado miembro en el que esté asegurado el paciente, y los únicos derechos reconocidos son los derechos otorgados de conformidad con el sistema de seguridad social del Estado miembro de afiliación del paciente. Aún así, la propuesta de Directiva encomienda a la Comisión la realización de un estudio de viabilidad sobre la creación de una cámara de compensación para facilitar el reembolso de los gastos sanitarios entre distintos países, sistemas sanitarios y zonas monetarias en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Directiva, al objeto de presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo y, si procede, una propuesta legislativa.

Es preciso destacar también que la propuesta de Directiva prevé la creación de un Defensor del Paciente Europeo en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Directiva. El Defensor del Paciente Europeo se configura como el órgano competente para el estudio, y, cuando proceda, la mediación en relación con las reclamaciones de los pacientes relativas a la autorización previa, el reembolso de los costes y los daños. Sólo podrá recurrirse al Defensor del Paciente Europeo una vez se hayan agotado todas las vías de reclamación en el Estado miembro correspondiente.

En definitiva, la propuesta de Directiva lo que pretende es regular el acceso a la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro y al reembolso de la misma para permitir el ejercicio de la libre circulación de pacientes y eliminar todo obstáculo injustificado a esa libertad fundamental en el Estado miembro de afiliación del paciente. Sin embargo, los Estados continúan mostrándose reticentes al reconocimiento del derecho a la libre circulación de los pacientes, como demuestra el alto número de abstenciones en la votación de esta iniciativa legislativa en el Parlamento Europeo, y ello porque no dejan de verlo como una amenaza a sus competencias nacionales sobre sanidad. Incluso llegó a calificarse la propuesta en su primer debate en el Parlamento Europeo en septiembre de 2008 como "un golpe a la sanidad y un apoyo a los negocios"<sup>19</sup>, cuando no debiera olvidarse que la salud no deja de ser un servicio en el mercado interior, tal v como recoge el art. 95.3 del Tratado cuando establece que "la Comisión, en sus propuestas relativas al establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en lo tocante a la salud, se basará en un nivel de protección de la salud elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos".

En efecto, a pesar de que los sistemas sanitarios nacionales cada vez están más interrelacionados a nivel comunitario, lo que supone para el ciudadano europeo un avance en materia de movilidad en términos de libre circulación de pacientes. sobre todo desde los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el reconocimiento de una protección comunitaria de quienes se desplazan entre diversos Estados miembros para recibir atención médica en un país distinto al de su residencia, no implica la necesidad de modificar los sistemas nacionales de asistencia sanitaria, tan sólo supone respetar las reglas de la libre circulación de personas, pues, a partir de dichas sentencias, la asistencia sanitaria se considera como un servicio a efectos del Derecho Comunitario.

Podemos afirmar, por tanto, que la doctrina jurisprudencial y la propuesta de Directiva no afecta a la configuración de los sistemas sanitarios nacionales. No deducir esta conclusión de la misma supone un grave error que lleva a sostener afirmaciones tales como el reconocimiento de un sistema

sanitario europeo, cuando la diversidad de los modos de financiación y de organización sanitaria, característica fundamental de Europa, unida a la ausencia de un desarrollo significativo de la asistencia sanitaria que deben recibir los ciudadanos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud a nivel comunitario, sitúan todavía lejano el momento en el que podamos hablar de un sistema sanitario europeo único.

Además, para la creación de un sistema sanitario europeo es necesario un amplio debate, en el que con la participación de todos los sujetos afectados –autoridades, responsables, profesionales y usuarios del sistema-, se adopte una posición común sobre algunas cuestiones que, a priori, encierran enormes dificultades. Entre ellas, sería primordial determinar el modelo sanitario aplicable v decantarse bien por un Sistema Nacional de Salud. o bien por un Sistema de Seguridad Social, con todas las reticencias que, sin duda, provocaría en los Estados miembros, además de las dificultades para su aplicación efectiva. Igualmente, sería fundamental delimitar el modelo de financiación pública o privada-; la provisión –pública o privada-; el catálogo mínimo de prestaciones; el modelo de calidad asistencial; etc. Cuestiones que, como se puede imaginar, no presentan una solución factible a primera vista. En consecuencia, la coexistencia en estos momentos de diferentes ordenaciones nacionales sobre la asistencia sanitaria hace enormemente difícil poder hablar, en estos momentos, de un sistema sanitario europeo único y un catálogo europeo básico de prestaciones sanitarias.

Pero aunque la integración de los servicios sanitarios a escala europea no sea factible, no debemos perder de vista la realidad a la que nos enfrentamos: la total integración de los sistemas sanitarios nacionales en el Mercado Único Europeo, con todo lo que ello implica de reconocimiento y respeto de las libertades comunitarias fundamentales. Por ello, entendemos que la propuesta de Directiva da respaldo legal a una doctrina jurisprudencial cada vez más asentada y que sin dicha normativa comunitaria, está provocando inseguridad jurídica en los Estados miembros a la hora de aplicar sus políticas nacionales sobre sanidad, pues no respetan los derechos reconocidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a los pacientes, como pone de manifiesto la reciente deci-

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Por el Grupo Unión por la Europa de las Naciones. Véase noticia publicada en Diario Médico el 26 de septiembre de 2008.

sión de la Comisión Europea de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra Portugal y Francia, y enviar un dictamen motivado a España y Luxemburgo en relación con los casos de no devolución de gastos por asistencia médica recibida en otro Estado miembro<sup>20</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> En efecto, la Comisión alega que Francia y Portugal no han suprimido la autorización previa a la devolución de los gastos por atención no hospitalaria en otro Estado miembro, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia, así como la falta de aplicación de la doctrina jurisprudencial en la legislación francesa que no permite a los pacientes que han recibido atención hospitalaria en otro Estado miembro beneficiarse de una devolución, al menos, idéntica a la que se les habría concedido de haber sido hospitalizados en Francia. Con respecto a Luxemburgo, la Comisión ha decidido enviar un dictamen motivado por no haber devueltos los gastos incurridos por análisis clínicos efectuados en otro Estado miembro. Y en cuanto España, las razones de dicho dictamen son el mantenimiento de una autorización previa para la devolución de los gastos por atención no hospitalaria, el no haber creado un sistema de emisión de las autorizaciones previas a la devolución de los gastos por atención hospitalaria que responda a criterios de transparencia y seguridad jurídica, así como el hecho de denegar la devolución de los gastos de hospitalización por el sólo motivo de que la solicitud de autorización no se haya presentado antes de iniciarse el tratamiento en otro Estado miembro. Según información proporcionada, el 16 de octubre de 2008, por el servicio de prensa RAPID de la Dirección General de Comunicación de la Comunidad Europa. (http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/ 08/1517&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLangua ge=fr).

# LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS INMIGRANTES EN CATALUÑA: POLÍTICAS DE ACTUACIÓN Y RECURSOS DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA¹

### Mónica Arbeláez Rudas

Doctora en derecho; investigadora del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Elementos para el análisis: el inmigrante como sujeto del derecho a la salud y las particularidades que requiere su trato. 2. La regulación del derecho a la salud de los inmigrantes en Cataluña... 3. Cataluña frente a las necesidades sanitarias de los inmigrantes: planes y programas sobre la materia; 3.1. El *Plan director de inmigración en el ámbito* de la salud –PDIAS-: a. La información sobre la población inmigrante vinculada o potencialmente usuaria del sistema sanitario catalán, b. El *Plan de acogida* de inmigrantes en el sistema sanitario catalán, c. El *Plan de formación* del personal sanitario, d. Estado de salud de la población inmigrante y focalización del PDIAS, e. *Unidades de salud internacional*. 4. Consideraciones finales.

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende presentar, de manera descriptiva pero también analítica, los diferentes instrumentos que ha venido diseñando la Generalitat de Catalunya para definir las políticas de actuación frente a los problemas sanitarios de la población inmigrada y para adecuar la organización del sistema de atención y de prestación de los servicios de salud a las necesidades específicas de este colectivo.

Partiendo de la presentación de la legislación estatal y catalana que reconoce a los inmigrantes ciertos derechos sanitarios y de las particularidades que, derivadas de la propia situación del inmigrado, condicionan la relación del inmigrante con el sistema sanitario catalán, se plantea el estudio del derecho a la salud de los inmigrantes que residen en Catalunya desde dos perspectivas. De un lado se presentan los elementos esenciales reconocidos por el Comité de DESC de la ONU para la garantía de un derecho a la salud en condiciones *aceptables*. De otro, se estudian los contenidos de los diferentes instrumentos normativos, los programas, los planes y los protocolos de actuación que ha hecho servir la administración catalana para canalizar las demandas de una atención sanitaria adecuada, accesible, aceptable y de calidad para la población inmigrada.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto *El estatuto jurídico y los derechos de los inmigrantes*, Ref. SEJ2005-05368, dirigido por el Profeso Dr. Eliseo Aja. Ha sido publicado originalmente en catalán en *La inmigración en Cataluña hoy: Anuario 2006* (*La immigració a Catalunya avui: Anuari 2006*), publicación de Instituto de Derecho Público de Barcelona y la Fundación Jaume Bofill, Barcelona, 2007.

# 1. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS: EL INMIGRANTE COMO SUJETO DEL DERECHO A LA SALUD Y LAS PARTICULARIDADES QUE REQUIERE SU TRATO.

La posición jurídica del inmigrante como sujeto del derecho a la salud está marcada por diferentes elementos que hacen que su relación con los sistemas sanitarios en general, y con el personal sanitario en particular, presente unas características especiales. La condición de inmigrante, los rasgos culturales, las condiciones en que el inmigrante se aproxima a la sociedad de acogida, las posibilidades de obtener información, etc., determinan su accesibilidad a las prestaciones derivadas del reconocimiento del derecho a la salud. Por su parte, la barrera de la lengua, los problemas de comunicación, las concepciones acerca de la salud y la enfermedad, etc., condicionan la forma de relación del paciente con los servicios de salud (ARBELÁ-EZ R., M., "Inmigración y salud: ... 2006).

En atención a estas particularidades, y partiendo de la definición según la cual la salud es "un estado de completo bienestar físico, mental v social v no solamente la ausencia de enfermedad v dolencias" (Organización Mundial de la Salud -OMS), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU -en adelante el Comité de DESC de la ONU- ha fijado una serie de indicadores que permiten, además de evaluar las garantías sanitarias ofrecidas en cada sistema normativo en general, estudiar el contenido y alcance del derecho a la salud de la población inmigrante y los elementos diferenciales que, en relación con la población autóctona, pueden hacer del inmigrante un sujeto de derecho que merece una atención especial/diferenciada por parte de los sistemas sanitarios públicos.

Según el Comité de DESC de la ONU todos los Estados deben garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente para los grupos vulnerables o marginados (dentro de los cuales normalmente se inscribe la población inmigrada) sin ningún tipo de discriminación (Observación General n. 14, párrafo 43). También ha señalado el Comité que el contenido mínimo del derecho a la salud comporta cuatro elementos u obligaciones esenciales básicas a cargo de los Estados, a saber: garantizar la asequibilidad o disponibilidad sanitaria —esto es contar con

un número suficiente de "establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas" de atención sanitaria, según las necesidades de la población de referencia, que garanticen la igualdad en las posibilidades de acceso y una disponibilidad suficiente sobre los llamados factores determinantes básicos de la salud-; garantizar la accesibilidad de todos, sin ningún tipo de discriminación, a los establecimientos, bienes y servicios de salud -esta presenta accesibilidad cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, la accesibilidad material, la accesibilidad económica, y el acceso a la información-; garantizar la calidad científica, técnica y humana- de las prestaciones sanitarias; y garantizar la aceptabilidad de los servicios sanitarios.

La aceptabilidad de los servicios sanitarios se refiere principalmente a la relación que se debe tejer entre la calidad de los servicios sanitarios y las características propias del contexto donde las personas eiercen su derecho a la salud: debe tener en cuenta los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad asume frente al bienestar físico y mental. En otros términos, esta aceptabilidad pasa por acondicionar los servicios sanitarios a las necesidades específicas de ciertos grupos poblacionales en los cuales el factor etáreo, el factor de género, el factor cultural, o el hecho de pertenecer a una minoría son elementos que determinan la relación entre el paciente y el sistema sanitario en general, y entre el paciente y el personal sanitario en particular. El nivel de aceptabilidad de un sistema sanitario depende, pues, de su capacidad para responder satisfactoria y respetuosamente a las necesidades que se derivan de las particularidades de un grupo poblacional determinado. De ahí que la aceptabilidad de la asistencia sanitaria se convierta en un elemento esencial al momento de estudiar la relación de los inmigrantes con los servicios sanitarios de la sociedad de acogida.

Para potenciar una atención sanitaria aceptable a los inmigrantes deberán tenerse encuentra al menos tres factores básicos: la condición propia del inmigrante (su desconocimiento del sistema, de la lengua, de la cultura, de los procedimientos, las posibles patologías propias de su condición de inmigrante, etc.); las condiciones derivadas de la diversidad cultural entre el paciente inmigrante y el sistema de acogida (la concepción sobre la salud y la enfermedad, las limitaciones derivadas de las

creencias religiosas y prácticas culturales en relación con determinados tratamientos, procedimientos de detección de enfermedades, intervenciones, etc.); y la actitud de los profesionales de la salud en relación con el inmigrante (su actitud abierta y su conocimiento en relación con las diferencias que se plantean entre el paciente inmigrante y el autóctono, la atención a sus necesidades particulares, la posibilidad de ofrecer servicios de mediación cultural y servicios de interpretación, etc.).

La legislación estatal que reconoce a los inmigrantes ciertos derechos sanitarios, la regulación catalana sobre los derechos sanitarios los inmigrantes y las particularidades derivadas de la propia condición del inmigrante a la hora de relacionarse con le sistema sanitario público de Cataluña, son los principales elementos que determinan el estudio del derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en Cataluña. Por ello serán nuestro punto de referencia para luego aproximarnos a los instrumentos que ha venido diseñando la Generalitat para la definición y organización del sistema de atención y de prestación de los servicios cuando ellos se dirigen a la población inmigrada.

### 2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS INMIGRANTES EN CA-TALUÑA.

El derecho a la protección de la salud del inmigrante ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales. En el ámbito doméstico, por su parte, el artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y sobre tal base constitucional, la Ley General de Sanidad (Ley 14 de 1986 - LGS) regula el Sistema Nacional de Salud. Según el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley "[s]on titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional", de donde se desprende que en relación con el derecho a la protección de la salud, la LGS no discrimina entre los españoles y los extranjeros que residen regular o irregularmente en territorio español (ARBELÁEZ R., M. "Los derechos sanitarios de los inmigrantes", en Aja y otros, ... 2006).

El derecho a la salud de los inmigrantes está consagrado, además, en el artículo 12 de la Ley de Extranjería que reconoce el derecho a la protección

de la salud de los extranjeros residentes en España y que se encuentren empadronados, en igualdad de condiciones con los ciudadanos españoles, es decir, el acceso libre, gratuito e indefinido a todas las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, independientemente de la regularidad o irregularidad de su residencia (artículo 12.1). Los mismos derechos se reconocen en el artículo 12.3 a los extranjeros menores de 18 años, pero esta vez sin mencionar el requisito del padrón, dando un trato preferencial a este grupo por su condición de minoría de edad. En la misma línea, el artículo 12.4 establece la igualdad de derechos entre las españolas y las extranjeras que se encuentre en estado de embarazo, durante el parto y el postparto, independientemente de la situación administrativa de las segundas y de si éstas se encuentran o no inscritas en el registro del Padrón Municipal. A los inmigrantes no empadronados que no sean mujeres gestantes ni menores de edad se les reconoce únicamente el derecho a la atención de urgencia para de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y la continuidad asistencial hasta la situación de alta médica (artículo 12.2). El trato preferente a mujeres gestantes y a los menores de edad, y la universalidad de los servicios de urgencias son los aportes de la Legislación de Extranjería en materia de derecho a la protección de la salud para los inmigrantes (ARBE-LÁEZ R., M., "La protección de la salud de los inmigrantes: ... 2007).

En cuanto se refiere específicamente a Cataluña, la protección sanitaria de los extranjeros esta determinada por las normas estatales a las que va se ha hecho referencia y por los mandatos del decreto 188 de 2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, cuyo artículo 7.1 señala que "el departamento de Sanidad y Seguridad Social debe garantizar el derecho de los extranjeros que se encuentren en Cataluña, inscritos en el padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que al resto de los ciudadanos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero." En relación con los menores, con las mujeres gestantes y en período de lactancia, y con la atención de urgencias para el resto de los extranjeros no empadronados, el artículo 7 del decreto en mención sigue los mismo parámetros establecidos en al legislación estatal de extranjería a que se acaba de

hacer referencia. El acceso al sistema catalán de salud se logra mediante la presentación de la Tarjeta Sanitaria Individual –TSI- para cuyo trámite basta la presentación del certificado de empadronamiento, o, en su caso, el cumplimiento de los parámetros establecidos para acceder a los servicios sanitarios en calidad de personas sin recursos (artículo 4 la Orden del 13 de noviembre de 1990 e instrucción 1/93 del Servicio Catalán de Salud). Esta tarjeta da derecho a acceder a los servicios de atención primaria, especialista y urgencias, y a la subvención farmacéutica, entre otros.

### 3. CATALUÑA FRENTE A LAS NECESI-DADES SANITARIAS DE LOS INMIGRAN-TES: PLANES Y PROGRAMAS SOBRE LA MATERIA.

Se ha dicho ya que el artículo 7 del decreto 188 de 2001 de la Generalitat, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, señala que se ha de garantizar el derecho de los extranjeros que se encuentren en Cataluña a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que al resto de los ciudadanos, de acuerdo con lo establecido por la legislación de extranjería. Pues bien, a partir de aquí, en los últimos años la Generalitat ha puesto en marcha o ha impulsado algunas iniciativas concretas encaminadas a garantizar de la mejor manera posible, los derechos sanitarios de los inmigrantes que se encuentran o residen en Cataluña.

El primer intento por sistematizar políticas y acciones y por establecer criterios normativos específicos para la consecución de este propósito lo encontramos en la Orden SSS/187/2003, de 28 de abril. de creación de la Oficina de Cooperación Sanitaria v Salud Migracional. Mediante esta Oficina la Generalitat busca mejorar la salud de las personas inmigradas v dar respuesta a sus problemas sanitarios específicos. Para ello, se estableció que la finalidad de la oficina sería "dirigir yi coordinar las actividades del Departamento de Sanidad v Seguridad Social en materia de atención sanitaria a la población inmigrante destinadas a la asistencia, la prevención, el control, la investigación y la formación de profesionales en Cataluña, con especial atención a las patologías importadas y las enfermedades cosmopolitas" (artículo 2).

Así mismo, y en el marco de la Ley 26/2001, de 31 de diciembre, de cooperación al desarrollo,

corresponde a la Oficina instrumentalizar y desarrollas programas de cooperación sanitaria internacional.

En cooperación con esta Oficina, en el año 2004 la Agencia de Evaluación de Tecnologías e Investigación Médica elaboró el Informe técnico Necesidades en salud y utilización de los servicios sanitarios en la población inmigrante en Cataluña: revisión exhaustiva de la literatura científica (Barcelona, 2004). El objetivo principal del Informe era identificar de manera muy comprehensiva las necesidades sanitarias de los inmigrantes v describir el panorama de la utilización de los servicios sanitarios por parte de los inmigrantes presentes en Cataluña. A partir de este objetivo, el Informe ofrece como resultado una tipología muy clara de las características medico-sanitarias de la población inmigrante en Catalunya (que no distan casi de la que puede derivar de otras comunidades autónomas con situaciones de inmigración similares), y de sus relaciones con el sistema sanitario en términos de utilización del servicio (frecuencia, servicios más utilizados, etc.) y de las patologías más frecuentes en este colectivo. Con todo, el Informe plantea una preocupación que se verá luego reiterada. Se señala que en términos generales existen serias limitaciones y dificultades para la identificación de la población inmigrante en Catalunva v para obtener datos certeros sobre la misma. y que faltan instrumentos de medición.

También con el propósito de ofrecer herramientas para atender de manera particularizada las necesidades sanitarias de la población inmigrante, el Plan Ciudadanía e Inmigración 2005-2008 -PCI- de la Generalitat de Catalunya establece algunas pautas y líneas de acción específicas. Este Plan, en el cual se reconoce la salud como uno de los ámbitos prioritarios en la acción de las políticas sociales de la Generalitat, plantea la necesidad de mejorar el acceso a los servicios sanitarios por parte de la población inmigrante y busca dar respuesta a situaciones específicas de este colectivo mediante el mejoramiento de la calidad de los servicios y los protocolos de acogida del sistema sanitario. Para ello propone la adecuación de la información y la adaptación de las prácticas médicas para la atención de las personas de contextos culturalmente diversos. Igualmente el PCI contempla como una de sus metas corregir las dificultades que bloquean los procesos de atención sanitaria

universal no normalizada. Adicionalmente, en el marco de sus planes sectoriales el PCI hace hincapié en los procesos de acceso a los servicios sanitarios por parte de la población inmigrada desde diferentes ámbitos.

De un lado señala que conforme al Plan director de inmigración y cooperación del Departamento de Sanidad se deben identificar las desigualdades de salud, el grado de accesibilidad a los servicios y la calidad de los mismos frente a la población inmigrada, y planificar y ordenar los servicios sanitarios con el fin de dar respuesta a los problemas específicos de dicho colectivo. En la misma línea propone la creación de un Programa de acogida al entorno sanitario que permita informar al inmigrante sobre el funcionamiento de los servicios de salud de Cataluña haciendo énfasis en la condición de género que permita garantizar la atención sanitaria de mujeres inmigrantes en condiciones de exclusión.

Esta última propuesta del PCI se concreta en el Programa Integral de Acogida -PIA- elaborado por la Secretaría para la Inmigración de la Generalitat de Cataluña en 2006, en el cual se enfatiza en dos aspectos. Como finalidad primera del PIA se plantea la necesidad de diseñar estrategias y material didáctico (especialmente audiovisual y escrito) para informar a las personas inmigradas recién Îlegados sobre el funcionamiento del sistema sanitario catalán, los servicios de salud a que tienen derecho, y los procedimientos administrativos para acceder a ellos, además de iniciar un trabajo con la población inmigrada en punto a concienciarla sobre las dificultades sanitarias que le pueden afectar, especialmente en los meses siguientes a la llegada. De otra parte, recogiendo las propuestas contenidas en el documento Por un modelo de acogida de los inmigrantes necesitados y propuestas presentada por el Consejo Asesor de Inmigración de la Generalitat (2003), se recalca la necesidad de prestar una atención psicológica específica al colectivo inmigrante, destinada a minimizar las consecuencias de las situaciones de desarraigo v que en muchas ocasiones desestabilizan psicológicamente al inmigrante (especialmente al recién llegado), con las respectivas consecuencias tanto en su vida personal como en la laboral.

El PCI plantea también programas de atención materno-infantil, de atención a la salud de las mujeres y de los menores, de manejo de enfermedades y tratamiento específicos como la drogodependencia, el SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual y de enfermedades recurrentes en el colectivo inmigrante como la parasitasis y la tuberculosis, así como programas de vacunación dirigidos a este colectivo. En el marco de los Programas de equidad en el ámbito sanitario, por su parte, se busca facilitar que los colectivos específicos que encuentran especial dificultad para adaptarse a los requisitos de los servicios de salud (entre ellos las mujeres que ejercen la prostitución muchas de las cuales con inmigrantes en situación irregular), puedan obtener la TSI,

La sensibilización de los profesionales de los centros de salud y su formación frente a la condición del inmigrante son otro de los objetivos marcados a lo largo del PCI. Para ello busca establecer líneas de actuación específicas relativas a atención de la diversidad y el manejo de los problemas de la población inmigrada prestando especial atención al soporte de los profesionales en la gestión de casos de mutilaciones genitales femeninas. Finalmente, en el marco de las políticas de acomodación se plantea el desarrollo de medidas que permitan el mejoramiento de los programas sobre mediación sociocultural dentro del sistema de salud.

Ahora bien, con el propósito de concretar las diferentes medidas ya plasmadas en los instrumentos hasta ahora mencionados, mediante el decreto 40/2006, de 14 de marzo, la Generalitat crea el Plan director de Inmigración y Cooperación en el ámbito de la salud v su Consejo Asesor. En cuanto se refiere en concreto al Plan, el decreto señala que su creación responde a la necesidad de fijar directrices de atención de las necesidades de salud de la población inmigrante y a colaborar en el establecimiento y desarrollo de redes de servicio. Para cubrir esta necesidad, el Departamento de Salud de la Generalitat deberá establecer un Plan director con una periodicidad trienal en el cual se fijarán los objetivos de la atención a la población inmigrante y de la cooperación sanitaria en el desarrollo, y se determinarán las acciones específicas que se pretenden hacer servir para alcanzar dichos objetivos. Así mismo habrá de establecer las directrices para impulsar, coordinar y evaluar las actuaciones necesarias para dar respuesta a las necesidades sanitarias específicas de la población inmigrante y para la atención de la diversidad. El contenido material de cada Plan trienal habrá de contemplar mecanismos para el análisis de las necesidades sanitarias específicas de los inmigrantes, medidas para meiorar los niveles de acceso de la población inmigrante a los servicios sanitarios, medidas para adecuar los servicios de asistencia sanitaria a las necesidades específicas del colectivo inmigrante v estándares de calidad de la atención a la población inmigrante (artículo 2 del decreto 40/2006). En materia de cooperación sanitaria, por su parte, habrá de definir los criterios de la misma v fijar sus objetivos, analizar las actividades sanitarias en el manco de la cooperación al desarrollo v desarrollar planes de acción para fomentar la investigación en los ámbitos de la inmigración y la cooperación, entre otros. La implementación de las acciones y medidas específicas se hará en colaboración con la Comisión interdepartamental de Inmigración, la Secretaría para la inmigración. (artículo 2 decreto 40/2006).

Visto este panorama, y antes de continuar con la descripción de los instrumentos de que se ha provisto el Sistema catalán de salud para la atención de las necesidades sanitarias específicas de la población inmigrada recogidas actualmente en el Plan director de Inmigración en el ámbito de la salud (2006), vale la pena detenerse sobre tres asuntos. El primero es que los elementos definidos en el decreto 40/20006 como componentes necesarios del Plan director de Inmigración y Cooperación en el ámbito de la salud y su Consejo Asesor, que se acaban de mencionar, responden claramente a las características establecidas por el Comité de DESC como indicadores de evaluación sobre la garantía del derecho a la salud. Ello denota una preocupación de la administración sanitaria, al menos inicial, por conseguir unos niveles adecuados de accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la atención sanitaria en relación con el colectivo inmigrante.

De otra parte, llama la atención que las políticas públicas de salud referidas a la atención de la población inmigrante, hasta este momento, se han enmarcado en el contexto de programas globales de cooperación al desarrollo. La propia denominación que da el Decreto 40/2006 de *Plan director de Inmigración y Cooperación en el ámbito de la salud y su Consejo Asesor* da fe de ello y puede dar lugar a equívocos. Si bien es cierto que el hecho de que el inmigrante provenga mayoritariamente de países en vías de desarrollo condiciona,

aunque mínimamente, sus características sanitarias (fundamentalmente en términos patológicos), no lo es menos que las problemáticas de acceso a v de circulación del inmigrante por el circuito sanitario catalán una vez que está establecido en el país, nada tienen que ver con temáticas de cooperación al desarrollo ni con políticas de cooperación sanitaria internacional, como parece insinuarse en la Orden SSS/187/2003. Las problemáticas sanitarias que surgen a raíz del crecimiento de la población inmigrante en Cataluña son muy diferentes a las de la cooperación internacional, y se derivan, básicamente, de las características de este grupo poblacional y de la nueva composición de la sociedad catalana v de la diversidad que ella supone, v por tanto son un asunto eminentemente "doméstico".

Adicionalmente, y muy relacionado con lo anterior, es interesante ver como, a pesar de que la primera aproximación a las problemáticas sanitarias de la población inmigrante se hace mediante la investigación sobre las llamadas patologías importadas o cosmopolitas (como ocurre en el caso de la Oficina de Cooperación Sanitaria y Salud Migracional, de la Sociedad española de medicina tropical y salud internacional -SEMTSI- creada en 1998 y de la Red catalana de investigación y vigilancia epidemiológica en enfermedades tropicales e importadas creada en 2002), este enfoque va cediendo espacio a la preocupación por el proceso de integración de la población inmigrante (siempre creciente) en Cataluña. El estudio de las patologías importadas pasa a ser sólo uno (y no el principal) de los factores a tener en cuenta en el proceso de aproximación a y aprehensión de las problemáticas propias de la población inmigrante en relación con sus derechos sanitarios, y de los ítems a tener en cuenta en las políticas sanitarias relacionadas con este colectivo. La nueva perspectiva responde, como no podía ser de otra manera, a una percepción más inclusiva sobre el proceso de integración del colectivo inmigrante en la sociedad de acogida, y al reconocimiento de la incidencia de estas problemáticas en las políticas públicas internas.

## 3.1. El Plan director de inmigración en el ámbito de la salud –PDIAS-

A la luz de los comentarios que se acaban de hacer, entraremos ahora a estudiar el contenido del recientemente expedido *Plan director de inmigra*- ción en el ámbito de la salud -PDIAS-, aprobado por el Acuerdo de Gobierno/238/2006, de 10 de octubre, por el cual se aprueba el Plan director de inmigración y cooperación en el ámbito de la salud 2005-2007.

El PDIAS responde a una de las prioridades trazadas por el Gobierno catalán en el marco de su Plan de salud 2005 - 2007, esto es, el diseño de políticas específicas y adecuadas para la atención de la población inmigrante. Busca dar respuesta a los diversos retos que supone la cada vez mayor presencia de inmigrantes en la sociedad catalana en cuanto a las necesidades de la atención sanitaria y a la competencia de los profesionales sanitarios frente a la interculturalidad. Para ello el PDIAS gira en torno a tres ejes fundamentales: la investigación y la información sobre la población inmigrante vinculada o potencialmente usuaria del sistema sanitario catalán, con el fin de conocer la situación tanto de los inmigrantes residentes en Catalunya como su estado de salud y las tendencias de utilización de los servicios de salud que marca este colectivo; la mejora de la accesibilidad de la población inmigrante a la salud y a los servicios sanitarios mediante programas específicos de acogida de inmigrantes en el sistema sanitario y de formación y sensibilización del personal sanitario en relación con las particularidades culturales de la población inmigrada y su incidencia en la relación del paciente con el sistema sanitario (para lo cual el PDIAS potencia la figura de los mediadores que juegan un papel central tanto en los procesos de acogida como en el decurso de la relación del inmigrante con el sistema sanitario); y la planificación y ordenación de los servicios públicos de salud con el fin de dar respuesta a las necesidades específicas de al población inmigrante. Como cuarto elemento, aunque menos desarrollado a lo largo del Plan, el PDIAS propone reordenar y coordinar la red de Unidad de Salud Internacional de referencia.

El objetivo central del PDIAS es mejorar la salud de la población inmigrada y definir un modelo de organización y de atención de su salud mediante instrumentos específicos de planificación que permitan afrontar las situaciones que plantea el fenómeno de la inmigración.

Los principios básicos que guían el PDIAS son el respeto por el derecho básico de todas las personas a la salud y a la atención sanitaria de calidad según es reconocido por la Declaración Universa de los Derechos Humanos, el derecho a la participación, el deber ciudadano de cuidar su propia salud y la de los otros, el derecho/deber de los profesionales de utilizar las herramientas necesarias para el cuidado de la salud de las personas y el deber del sistema sanitario de adaptarse a los cambios, entre ellos, a los que atañen a la población de referencia.

Así mismo, los valores de la humanización y la integridad de la atención sanitaria, la igualdad, la cohesión, la convivencia, la tolerancia y el respeto por el otro inspiran el PDIAS y se convierten también en herramientas para lucha contra la xenofobia y el racismo.

Para cumplir con su objeto y desarrollar los principios y valores básicos que lo inspiran, el PIDIAS busca mejorar la accesibilidad de la población inmigrada a los servicios sanitarios a través de los programas de acogida, mediación y formación de los profesionales (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 2 del PDIAS). Las actuaciones que en esta línea se proponen son la planificación y la elaboración de directrices para el conjunto del sistema con el fin de que tanto CatSlut como los proveedores adecuen el servicio a las necesidades de este colectivo. Los programas dependerán del Departamento de Salud pero se estructurará con intervención de la Secretaría de Inmigración del Departamento de Acción Social y Ciudadanía. Para su puesta en marcha se establece una Dirección General de Planificación y Evaluación y un Consejo Asesor de inmigración en el ámbito de la salud en el seno del cual se constituirán una Comisión Permanente (para trabajar conjuntamente con la Dirección) v aquellos grupos de trabajo que se consideren necesarios para el mejor ejercicio de sus funciones (actualmente acogida, mediación, formación y buenas prácticas en salud, sistemas de información, investigación y salud internacional y cooperación). En cuanto al proceso de planificación de las acciones concretas, el PDIAS contempla, para una primera fase, la creación de una Mesa de Salud e Inmigración del nivel central (Departamento de Salud), y las mesas regionales. En una segunda fase, y en la medida en que se consoliden los Gobiernos Territoriales de Salud -GTS- previstos en el Plan de salud, se espera crear Mesas de salud de los GTS.

### a. La información sobre la población inmigrante vinculada o potencialmente usuaria del sistema sanitario catalán

Se ha dicho ya que uno de los ejes del PDIAS es la incorporación de la mejor información posible a fin de calcular y planificar los servicios que se requieren para atender a la población inmigrante. Según el planteamiento del PDIAS, la obtención de cifras lo más certeras posibles sobre la población inmigrante residente en Catalunya (número, rangos etáreos, género, etc.), conjuntamente con los resultados de los procesos de mejora de los sistemas de información que permitan establecer el perfil de utilización de los servicios sanitarios por parte de este colectivo, permitirá planificar mejor los recursos y las cargas de trabajo del personal sanitario en función de las necesidades específicas que la inmigración comporta (las propuestas de actuación en este campo se recogen en los provectos IMM 1 del PDIAS).

En este ámbito el Registro Central de Asegurados -RCA- es la base de datos poblacional que permite establecer, con mayor certeza, la población vinculada a las diversas Regiones Sanitarias y Áreas Sanitarias Básicas de Salud. Esta base de datos es una herramienta crucial en cuanto refleja toda la población residente en Catalunya que está dada de alta en el sistema sanitario, lo cual mejora incluso los datos que pueden ofrecer los padrones municipales (va que existen residentes que, aunque no estén empadronados, tienen Tarjeta Sanitaria Individual – TSI). Con todo, la incorporación del factor nacionalidad es muy reciente en este registro, de manera que la información que arroja la base de datos del RCA no sea suficiente para determinar a ciencia cierta la realidad de la población inmigrante vinculada a nuestro sistema sanitario. En atención a esto, el PDIAS propone la utilización cruzada de los datos del RCA, del los del registro del Padrón Municipal y de aquel del Instituto Nacional de Seguridad Social -INSS- para obtener una información más exacta sobre la población inmigrante que dispone de TSI en Catalunya.

Esta opción sería sin duda una excelente herramienta para obtener información estadística sobre el número de extranjeros usuarios (y potenciales usuarios) del sistema sanitario de Catalunya, lo cual, a su vez, permitiría planificar mejor los programas dirigidos específicamente a este colectivo. Al respecto, el artículo 16.3 de la LBRL (en su redacción tras la reforma llevada a cabo por la lev 14/2003, de 20 de noviembre), autoriza la cesión de los datos del padrón a otras administraciones públicas que lo soliciten, entre otras, para la elaboración de estadísticas. Al margen de la constitucionalidad de este artículo en general, no podemos dejar de recordar que la utilización de los datos del padrón para la planificación de los servicios sanitarios, que efectivamente puede resultar de gran utilidad, debe hacerse siempre salvando la identidad v los datos personales registrados, cuando no sean indispensables para la función estadística que se busca. Es decir, para garantizar el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de datos personales y de la finalidad legal del Registro del Padrón municipal, se habrá de garantizar que los datos que se comuniquen a las administraciones sanitarias para la planificación de su actividad frente al colectivo inmigrante sean únicamente estadísticos, y siempre globales y generales (número de extranjeros empadronados, rango etáreos y cifras sobre sexo, p.j.). En caso de requerir otro tipo de información (nombre, edad de cada uno, situación administrativa, etc.) se deberá contar siempre con el consentimiento previo del interesado antes de ofrecer tal información a otra administración, como garantía del derecho a la autodeterminación informativa reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 292/2000).

# b. El Plan de acogida de inmigrantes en el sistema sanitario catalán

En el PDIAS se reconoce que existen una serie de factores que incrementan las dificultades para acceder al sistema sanitario cuando el interesado es un inmigrante. Entre ellos destacan la alta movilidad (desplazamientos) que se presenta en este colectivo, el desconocimiento de los derechos sanitarios que tienen y del funcionamiento del sistema sanitario español, la inseguridad derivada de la condición administrativa irregular y la precariedad laboral que conlleva el miedo del inmigrante a ser despedidos por ausentarse e horario laboral. Estas dificultades derivan en la existencia de un alto porcentaje de inmigrantes residentes en Cataluña sin tarjeta sanitaria individual. Adicionalmente, en relación con el colectivo inmigrante se identifican mayores dificultades para conseguir la continuidad asistencial, y para garantizar la buena comunicación entre los trabajadores sanitarios y los pacientes inmigrantes.

Para hacer frente a estos asuntos el PDIAS establece, entre otros un Plan de acogida que se conforma de una serie de programas y acciones cuyo obietivo es meiorar, coordinar v optimizar la información para garantizar el acceso de la población inmigrante al sistema de salud. Para ello dispone la elaboración de material didáctico de información (en diversas lenguas), la adecuación de los registros y de la información de que se dispone, la tramitación de la TSI a todas las personas que lo soliciten (especialmente de las recién llegados o en situación de exclusión), la identificación de los colectivos más vulnerables dentro de los inmigrantes, la creación de una red de trabajo entre las diferentes administraciones sanitarias, y la prestación de servicios específicos en los diferentes niveles de atención -primaria, especializada, hospitalaria, de urgencias, salud mental y atención socio-sanitaria (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 2.1 del PDIAS).

Adicionalmente, en el marco de las políticas de acogida, de igualdad y de acomodación de que trata el PCI, el PDIAS propone impulsar la figura del mediador cultural en el ámbito sanitario.

El mediador se concibe como un elemento del sistema cuvo objetivo es disminuir las dificultades y las barreras que se interponen entre el inmigrante y el sistema de salud, y ayudarle a resolver los conflictos que se le puedan presentar tanto en los procesos y trámites administrativos como en la relación con el personal sanitario (las propuestas de actuación en este campo se recogen en los provectos IMM 2.2 y 2.3 del PDIAS). La función del mediador así concebida, así como el bagaje adquirido por el personal sanitario en los proceso de formación y sensibilización frente al fenómeno migratorio (de los cuales nos ocuparemos enseguida), serán la base para garantizar, por un lado, una atención sanitaria aceptable, y por el otro, una adecuada comunicación clínica fundamental para lograr una efectiva protección de la salud.

### c. El Plan de formación del personal sanitario

La diversidad cultural entre el paciente y el sistema de acogida, la condición de la mujer, la concepción de la sexualidad, los métodos de anti-

concepción, la posibilidad de permitir una auscultación clínica, la utilización de cierto tipo de medicación, la admisibilidad de algunos procedimientos como las trasfusiones sanguíneas, el seguimiento de ciertas dietas, entre otros, son elementos que varían en función de las prácticas culturales y religiosas y en muchas ocasiones condicionan no sólo la posibilidad de que un paciente siga correctamente las indicaciones del personal sanitario, sino incluso de que haga uso de los servicios de salud cuando los necesita (MALGESINI, G., "Migraciones, sanidad y salud", ... 2002). En esta línea el nivel de respeto por y la capacidad de detección de las diferencias religiosas o culturales en relación con el cuidado de la salud es una tarea fundamental que los profesionales sanitarios, y el personal de otras disciplinas que actúa como parte del equipo de asistencia a los inmigrantes, deben asumir con el mayor compromiso para lograr una atención culturalmente apropiada del inmigrante. Para salvar las distancias culturales entre el paciente y el equipo de asistencia sanitaria es esencial que este último conozca las características de las diversas culturas a las que pertenecen sus pacientes y procure prestar sus servicios con el máximo respeto a sus condiciones culturales y a sus prácticas religiosas, es decir, que se aproxime al paciente haciéndolo partícipe de las recomendaciones y tratamientos que le indica (BISCHOFF, A. "Caring for migrant and minority ... 2003).

Para atender a esta necesidad el PDIAS plantea el Plan de formación cuyo objetivo fundamental es facilitar a los profesionales de la salud (v a aquellos que desde otras disciplinas trabajan en el entorno sanitario) los conocimientos y las habilidades necesarias para resolver el reto que supone la multiculturalidad en el marco del proceso asistencial. Se busca garantizar la calidad de la atención sanitaria tanto desde el punto de vista del servicio y de los medios técnicos y científicos, como desde el entendimiento de la realidad cultural propia del paciente. Utilizando los términos del Comité de DESC, se podría decir que estos procesos formativos están dirigidos a garantizar una atención sanitaria aceptable (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 2.4 del PDIAS).

En esta línea, ya desde 2005 la Generalitat cuenta con una *Guía para el respeto a la pluralidad religiosa en el ámbito hospitalario* elaborada

por la Dirección General de Asuntos Religiosos y el Departamento de Salud, y que tiene como finalidad facilitar a todo el personal sanitario la información sobre las particularidades religiosas, y las peticiones que ello conlleva, que pueden presentar una persona de otra cultura cuando se encuentra ingresada en un centro hospitalario, y que propone algunas líneas de actuación en el trabajo con estos pacientes. Para lograr una atención aceptable (en términos del Comité de DESC) de las personas pertenecientes a las diversas confesiones en el ámbito hospitalario, la guía ofrece una serie de fichas sobre las principales características y hábitos de culto de cada religión, la dieta seguida por sus fieles, los tratamientos o el tipo de medidas asistenciales que prohíbe una determinada religión. etc. (se trabajan la iglesia católica, evangélica, islámica, judaica, budista, adventista del séptimo día, de Jesucristo de los santos de los últimos días, hinduista, la fe Bahà'í, el Sikhisme y los Testigos cristianos de Jehová).

Ahora bien, antes de continuar quisiéramos llamar la atención sobre el hecho de que, con los tres planes que se acaban de describir, la administración sanitaria está dando cumplimiento a algunos de los que la OMS ha considerado como requisitos básicos de un servicio de salud aceptable. esto es, que exista un sistema de acogida y mediación que garantice, entre otros, el derecho a la comunicación clínica del paciente inmigrante. Este derecho, del cual son sujetos todos los pacientes inmigrantes o pertenecientes a minorías étnicas o culturales, consiste en el derecho del usuario del sistema sanitario a establecer una comunicación fluida con el personal sanitario para hacerle entender sus padecimientos y para comprender las indicaciones que se le ofrecen en relación con el cuidado de su salud. La garantía de la comunicación clínica implica, por tanto, que el personal sanitario y de atención al paciente esté sensibilizado frente a la importancia de vehiculizar al máximo la comunicación con el inmigrante, y esté capacitado para llevar a cabo una primera acogida y para prestarle servicios de asistencia lingüística (interpretación) cuando el inmigrante desconozca la lengua local (CORBIE-SMITH, G. Towrd cultural ... 2000). Proveer a los usuarios de los sistemas sanitarios de material informativo en su propia lengua, en carteles o folletos, es también un elemento esencial para mejorar la comunicación con el inmigrante.

# d. Estado de salud de la población inmigrante y focalización del PDIAS

La intervención sobre aspectos específicos de la salud de la población inmigrante que propone el PDIAS, v que en algunos casos sigue programas v protocolos previos a su formulación, esta determinada por dos factores. De un lado, por el hecho de que el PDIAS es un Plan diseñado como una pieza (una parte) del Plan de Salud 2010 al cual se espera que contribuya, especialmente en cuanto se refiere a la disminución de las barreras y desigualdades que se hacen más evidentes en relación con la población inmigrante; se busca que el PDIAS favorezca la consecución de los objetivos estratégicos del Plan de Salud 2010, y específicamente en el campo de la salud materno infantil, la detección y el tratamiento de la infección por VIH / SIDA, las enfermedades de transmisión sexual, la tuberculosis v el cáncer.

El segundo factor está establecido por el propio PDIAS y hace referencia a las características diferenciales de las necesidades sanitarias y las tendencias de utilización de los servicios sanitarios por parte de la población inmigrante en relación con la población autóctona; para establecer estas características diferenciales el PDISA se basa en los resultados arrojados por estudios previos al Plan (Agència d'avaluació... 2004). En esta línea el PDIAS establece como principales problemas de salud en relación con la población inmigrante residente en Catalunya, los siguientes:

La salud sexual y reproductiva. En este aspecto el PDIAS reconoce que la mujer presenta una mayor vulnerabilidad en relación con su salud afectivo-sexual y reproductiva y por tanto esta sometida a mayores riesgos. Reconoce también una mayor utilización de los servicios de ginecología y obstetricia ya que en este colectivo el porcentaje de embarazos es más alto. Otro aspecto de la salud de la mujer inmigrante que contempla y que preocupa desde antes de la expedición del PDIAS es el relativo a la mutilación genital femenina. En relación con este último, la demarcación sanitaria de Girona ha sido pionera en la implementación del Protocolo de prevención de la mutilación genital femenina elaborado por la Comisión de trabajo de violencia domestica - subcomisión de trabajo para establecer criterios y determinar los principios generales de actuación para casos de mutilación genital femenina (Girona, 2003 y actualizado en 2006) que establece los protocolos de actuación a seguir en el ámbito sanitario para detectar factores de riesgo, las consecuencias de esta práctica para la salud psíquica y sexual de la mujer, y un marco jurídico de referencia sobre la connotación delictiva de dicha práctica (las propuestas de actuación en este campo se recogen en los proyectos IMM 3.1 y 3.7 del PDIAS).

Salud infantil. Se considera que el nivel de cobertura de los servicios es bueno aunque el porcentaje de seguimiento del Programa de seguimiento del niño sano por la población inmigrante está unos ocho puntos por debajo del de la población autóctona. En el marco de este Programa, y desde antes de la publicación del PDIAS, el Departamento de salud de la Generalitat había establecido un Protocolo de atención a menores inmigrantes (2005) que tiene por objeto identificar y atender las necesidades sanitarias de cuatro grupos específicos de menores: hijos de inmigrantes nacidos en España y que siguen el Programa del nen sa, hijos de inmigrantes que han pasado temporadas en los países de origen de sus padres, hijos de inmigrantes que regresan de estancias en el país de origen de sus padres y menores inmigrantes recién llegados. El programa presta especial atención a los hábitos alimenticios, al consejo alimentario, la detección de enfermedades parasitarias e infecciones y a los aspectos socio sanitarios. Para la atención de estas últimas, va desde 2001 la Dirección General de Salud Pública de la Generalitat cuenta con el Protocolo de actuación para el control de enfermedades parasitarias en inmigrantes dirigido al personal sanitario de atención primaria y que abarca cinco ejes, a saber, la detección y tratamiento de menores asintomáticos pero que pueden estar parasitados, tests específicos para menores inmigrantes en función del lugar de procedencia, procedimientos y tratamiento pacientes sintomáticos, los tratamientos de recomendados para cada parasitasis y un apartado específico dedicado a la malaria y la leishmanosis en virtud de la frecuencia con que se presentan estas enfermedades y la gravedad de las mismas. La salud mental de los infantes es otro punto del que se ocupa especialmente el PDIAS estableciendo algunos lineamientos para el trabajo y tratamiento en relación con el conocido como "duelo migratorio" (as propuestas de actuación en este campo se recogen en los proyectos IMM 3.5 y 3.6 del PDIAS).

La salud mental. Las patología relacionadas con la salud mental, como se ha dicho ya, son muy

frecuentes en el colectivo inmigrante, especialmente durante los meses inmediatamente posteriores a la migración. El duelo migratorio, el estrés múltiple (denominado síndrome de Ulises) y los estados depresivos producidos por todos los cambios que comporta el hecho migratorio en este colectivo son nuevos problemas de salud que es necesario detectar, tratar v especialmente prevenir (sobre estas patologías, ACHÓTEGUI, J., "Estrés límite y salud mental: ... 2006). Para atender estas patologías, además de las medidas propuestas por el PDIAS, en Cataluña se cuenta con los servicios que ofrece el SAPPIR -Servicio de Atención Psicopatológica y Psicosocial a Inmigrantes y Refugiados que funciona desde 1994 en la Fundación Hospital San Pedro Claver de Barcelona- que trata los problemas del colectivo inmigrante desde una perspectiva esencialmente sanitaria (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el provecto IMM 3.2 del PDIAS).

La tuberculosis y la infección por VIH / SI-DA son dos afecciones que según el PDIAS tienen especial incidencia en relación con la salud de los inmigrantes. En cuanto a la primera, el Plan señala que los niveles de morbilidad tuberculosa que desde 1990 mostraban una clarísima tendencia a la baia en Cataluña, han comenzado a subir nuevamente especialmente entre la población nacida fuera de España en la cual el índice de infección es casi cuatro veces mayor al de la población autóctona. Esta problemática había sido previamente detectada por la Dirección General de Salud Pública de la Generalitat desde la cual se elaboró el Protocolo de actuación para el control y la prevención de la tuberculosis en los inmigrantes y en los casos importados (2003 actualizado a 2005) y cuyos ejes centrales son los protocolos de diagnóstico, tratamiento, seguimiento y prevención de la infección (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 3.3 del PDIAS). En relación con la infección por VIH/SIDA, reconocida como una de las principales consecuencias de la marginación socio sanitaria en que viven muchos de los inmigrantes en sus países de procedencia, el PDIAS llama la atención sobre el hecho de que a partir de 1999 el porcentaje de casos de SIDA detectados entre la población inmigrante, que se mantenía entre el 3% y el 5%, ha venido aumentando hasta alcanzar el 17,6% en 2003 (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 3.4 del PDIAS).

La salud laboral, la detección y tratamiento de posibles patologías importadas, la drogodependencia, la salud buco-dental y la utilización de los recursos de farmacia son otros de los puntos de focalización de las políticas sanitarias que el PDIAS señala como claves en la atención de las particularidades que presenta la población inmigrante.

### e. Unidades de salud internacional

La preocupación por las enfermedades importadas y las consecuencias que pueden acarrear tanto para la salud de los inmigrantes como para la de los autóctonos y para de salud pública en general, se canaliza, en el marco del PDIAS, en los programas de reordenación y coordinación de la Red de Unidades de Salud internacional. El objetivo de los programas que se desarrollan en este ámbito es establecer un modelo general de Unidad de salud internacional que incluya protocolos de atención a las patologías específicas de la población inmigrante, la docencia y la investigación sobre estas materias. En relación con este campo vale la pena recalcar que el propio PDIAS reconoce que las problemáticas derivadas de este tipo de patologías son mínimas y que el número de inmigrantes que las padecen no representan, numéricamente, un peso importante en los problemas sanitarios de la población inmigrada. De aquí que el peso específico que se le concede a este asunto en relación con los demás aspectos de la atención socio sanitaria de los inmigrantes sea cada vez menor, de lo cual también da cuenta el propio Plan (las propuestas de actuación en este campo se recogen en el proyecto IMM 4 del PDIAS).

### 4. CONSIDERACIONES FINALES.

Con miras a garantizar los derechos sanitarios de los inmigrantes respetando las condiciones mínimas señaladas por el Comité de DESC de la ONU, es necesario conocer cuáles son los problemas de salud específicos de la población inmigrante, cuáles son las variables culturales y sociodemográficas que pueden determinar sus condiciones de salud, y cuáles las posibilidades reales de acceso que tiene el inmigrante a los servicios de información que le permiten conocer sus derechos en materia de asistencia sanitaria. Lograr una ade-

cuada comunicación clínica que garantice al inmigrante tanto el acceso a la información suficiente para poder acceder al sistema sanitario como una relación médico/paciente fluida y adecuada en términos clínicos son elementos esenciales para garantizar, a este grupo poblacional, una atención sanitaria aceptable y de calidad. En relación con estas necesidades el papel de la administración Autonómica es fundamental en cuanto al desarrollo de sus competencias en el campo sanitario se refiere. De ello depende que se pueda o no garantizar a los inmigrantes el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad y con atención de sus particularidades socio-culturales.

La atención socio-sanitaria aceptable de la población inmigrada, la eliminación de las barreras de acceso al sistema catalán de salud y la implantación de las herramientas necesarias para la consecución de estos objetivos generales son los retos que guían las propuestas del actual Plan director de inmigración en el ámbito de la salud en el cual se recogen, además, los esfuerzos anteriores de las autoridades sanitarias y de las unidades encargadas del fenómeno migratorio, por lograr un sistema sanitario más inclusivo y más acorde con las necesidades específicas del colectivo inmigrante.

La evaluación del Plan, en este sentido, no puede ser sino positiva en la medida en que, además de presentar los diversos esfuerzos de la administración catalana por favorecer una asistencia sanitaria de calidad y aceptable para la población inmigrante, evidencia dos asuntos fundamentales en relación con las políticas de atención sociosanitaria de este colectivo. Por un lado, demuestra que existe una preocupación seria por atender los lineamientos señalados por el Comité de DESC de la ONU en cuanto a los elementos básicos del derecho a la salud se refiere, esto es, en cuanto a los cánones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la atención sanitaria, y a la necesidad de que los mismos se hagan extensibles a todos los colectivos que conforman la sociedad multicultural. En esta línea, además, el PDIAS evidencia una clara coincidencia entre sus objetivos y ejes centrales y los elementos que señalamos como fundamentales para considerar la atención sanitaria a inmigrantes como aceptable: a la preocupación por la condición propia del inmigrante y por los elementos (culturales, idiomáticos, religiosos etc.) que condicionan la posición del paciente inmigrante frente a los sistemas de salud, el PDIAS responde con el *Plan de acogida* y el sistema de mediadores; a la preocupación por la modulación de la actitud de los profesionales hace frente con el *Plan de formación*.

De otro lado, el planteamiento global del PDIAS pone de relieve la apreciación que avanzábamos antes en cuanto al cambio de enfoque sobre la atención de los problemas sanitarios derivados del aumento de la población inmigrante en Catalunya. Las preocupaciones sobre las necesidades socio-sanitarias del los inmigrantes se alejan cada vez más de las políticas de cooperación y salud internacional. El énfasis que antes se ponía en el campo de la investigación sobre y tratamiento de las llamadas enfermedades importadas, se desplaza para dar paso a las preocupaciones relacionadas con los procesos de integración socio-sanitaria del inmigrante, su acogida en el sistema sanitario y las necesidades específicas que un servicio sanitario aceptable debe cubrir en relación con este colectivo.

Todas las medidas del nuevo PDIAS, que reordenan una serie de programas, actuaciones y esfuerzos concretos que se venían desarrollando desde diversas unidades del sistema sanitario catalán, encajan, sin lugar a dudas, dentro de esfuerzos más generales que propenden por una mayor y mejor integración social de los inmigrantes en la sociedad catalana, y que, en tanto tales, deben ser impulsadas al máximo a fin de conseguir una verdadera convivencia entre culturas que permita, además, que los inmigrantes no se vean discriminados en el ejercicio de sus derechos, y que se potencien sus ventajas para el desarrollo de la sociedad catalana.

### <u>BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN DE</u> REFERENCIA

- ACHÓTEGUI, Josefa, "Estrés límite y salud mental: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (síndrome de Ulises)", en *Revista Migraciones n. 19*, 2006.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica "Los derechos sanitarios de los inmigrantes", en Aja, Montilla y Roig (Coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración,* Tirant Lo Blanch, Instittut de Dret Públic, Barcelona, 2006.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, "Inmigración y salud: la protección de la salud frente a la diversidad cultural" en *Revista de Bioética y Derecho n. 7*, de Julio de 2006.

- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, "La protección de la salud de los inmigrantes: notas sobre su regulación en España", en Aparicio, Illamola, Moya y Rodera (Coords.), Las fronteras de la ciudadanía en España y n la Unión Europea, Universitat de Girona, 2007.
- BISCHOFF, Alexander, "Caring for migrant and minority patients in European hospitals. A review of effective interventions". Study commissioned by the Ludwig Bolzman Institute for the Sociology of Health and Medicine, Vienna, Neuchatel and Basel, 2003.
- CORBIE-SMITH, G. *Towrd cultural competence in health care*. Sgim Forum: 4-5, 2000
- MALGESINI, Graciela, "Migraciones, sanidad y salud", en Clavijo, Claudia y Agurre, Mariano (editores), *Politicas sociales y estado de bienestar en España: las migraciones*, Informe 2002, Fundación Hogar del Empleado, Madrid 2002. pág. 297-299.
- Agència d'avaluació de tecnología i recerca médica, Necessitats en salud i utilització dels serveis sanitaris en la població immigrant a catalunya: revisió exhaustiva de la literatura científica, Barcelona, maig de 2004.
- Consell Assesor d'Immigració de la Generalitat de Catalunya, *Per un model d'acollida dels immigrants necessitats i propostes*, Barcelona, 2003.
- Generalitat de Catalunya, Departament de salud, *Pla director d'immigració en l'àmbit de la salud*, Barcelona, octubre de 2006.
- Generalitat de Catalunya, Departament de salut, *Protocol d'atenció a infants immigrants*, Barcelona, setembre de 2005.
- Generalitat de Catalunya, Direcció general d'afers religiosos Departament de Salut, *Guia per al respecte a la pluralitat religiosa en l'àmbit hospitalari, 2005.*
- Generalitat de Catalunya, Direcció general de salut pública, Protocol d'actuació per al control i la prevenció de la tuberculosi en els immigrants i en els casos importats, Barcelona, versió actualitzada 2005.
- Generalitat de Catalunya, Direcció general de salut pública, *Protocol d'actuació per al control de malalties para-sitàries en immigrants*, Barcelona, 2001.
- Generalitat de Catalunya, Pla de Ciutadania i Immigració 2005-2008
- Secretaria per a la Immigració de la Generalitat de Catalunya, *Programa Integral d'Acollida* –PIA-, 2006.
- Varios Autores, Comissió de treball de violència domèstica subcomissió de treball per establir criteris i determinar els principis generals d'actuació per a casos de mutilació genital femenina, *Protocol de prevenció de la mutilació genital femenina*, Girona 2003 (actualització a 2006).

# REGULACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE ESPECIALISTAS EN CIENCIAS DE LA SALUD

Pilar Palomino Saurina

### 1.- INTRODUCCIÓN.

Las relaciones laborales de carácter especial reguladas en el artículo 2.1 ET se caracterizan porque a pesar de cumplir los requisitos exigidos en el artículo 1.1 ET, requieren un régimen jurídico distinto del que con carácter general establece el Estatuto de los Trabajadores, debido a causas diversas, como la singularidad del ámbito de trabajo, las tareas encomendadas, o el objeto y finalidad del contrato<sup>1</sup>. Aunque, en todo caso, la coexistencia de relaciones de trabajo comunes v especiales no significa que los afectados por estas últimas padezcan algún tipo de discriminación, como señalaba la sentencias del TC 79/1983, de 5 de octubre o 56/1988, de 28 de marzo<sup>2</sup>, ya que a pesar de que existen desigualdades en su tratamiento las mismas están justificadas, al exigirse un correlato entre la especificidad advertida y la concreta regulación material dirigida a ese supuesto especial<sup>3</sup>.

Y es que, la creación de alguna de las relaciones laborales especiales se presenta no sólo como una formula para clarificar la situación jurídica de ciertos colectivos, sino como el modo de evitar que estos trabajadores se integren en el área del Derecho del Trabajo sin que se tengan en cuenta las peculiaridades que les caracterizan<sup>4</sup>. Esto es, puede decirse que con las relaciones laborales especiales el legislador no sólo quiere que se realicen los fines que justifican la existencia del Derecho del Trabajo, sino incluso salvaguardar otros intereses dignos de tutela que el desarrollo de los contratos de acuerdo con los parámetros ordinarios pondrían en peligro<sup>5</sup>. Por este motivo, periódicamente se han ido incorporando nuevas figuras al elenco de relaciones laborales especiales. Y así, actualmente, pueden distinguirse: a) la de personal de alta dirección, b) servicio del hogar familiar, c) penados en instituciones penitenciarias, d) deportistas profesionales, e) artistas en espectáculos públicos, f) trabajadores que intervengan en operaciones mercantiles, g) minusválidos ocupados en Centros

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> MARTÍN VALVERDE, A/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F/ GARCÍA MURCIA, J: *Derecho del Trabajo*, 16 ed, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 190.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> MONTOYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, 28 ed, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 502.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> CARDENAL CARRO, M: "A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)", *Aranzadi Social*, vol. V, 2000, pág. 151.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: Las relaciones laborales especiales, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> CARDENAL CARRO, M: "A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)", cit, pág. 163.

Especiales de Empleo, h) estibadores portuarios, i) menores sometidos a internamiento, j) residentes en formación para obtener el título de Especialista en Ciencias de la Salud, y k) abogados al servicio de despachos.

En este sentido, puede destacarse que las relaciones laborales especiales responden a la necesidad de "hacer compatible la tutela del trabajador subordinado con otra suerte de intereses públicos o colectivos percibidos por el legislador como relevantes". Por este motivo, en ellas la regulación de los derechos y obligaciones laborales debe tener en cuenta, además, la política de empleo o inserción o las normas de otros sectores del ordenamiento jurídico, fundamentalmente, del ámbito jurídico-público (administrativo, sanitario, educativo, universitario o eclesiástico)7. Éste es el caso de la que regula el trabajo de los residentes sanitarios cuyas características esenciales analizaremos a continuación.

Desde los años setenta la relación de trabajo de los residentes ha carecido en España de una regulación específica a pesar del avance y consolidación de nuestro sistema público sanitario. Así, fueron las Órdenes Ministeriales de 3 de septiembre de 1969 y de 28 de julio de 1971, las que crearon las figuras de los médicos internos y residentes y las que establecieron una vinculación contractual de carácter laboral entre éstos y las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

Posteriormente, se dictaron otras normas de diversa índole. El RD 2015/1978, de 15 de junio, reconoció como medio general para la obtención del título de médico especialista, el sistema de residencia en departamentos. El RDL 1/1981 y la Ley 24/1982 fijaron la duración máxima de los contratos de trabajo de los profesionales sanitarios en formación para la obtención del título de especialista. Mientras que el RD 127/1984, de 11 de enero, tipificó definitivamente la figura del médico residente, y declaró el carácter laboral de su relación contractual y el no sometimiento al régimen

estatutario del personal sanitario<sup>8</sup>. Éste era también el criterio que seguía la jurisprudencia, al considerar que se trataba de una relación no estatutaria que sin llegar alcanzar la categoría de relación laboral especial presentaba ciertas peculiaridades<sup>9</sup>. Sin embargo, hasta que no entró en vigor el RD 1146/2006, de 6 de octubre, no se reguló verdaderamente la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, ya que este texto normativo establece, por vez primera, un marco general y homogéneo para todo el personal sanitario.

Esta norma tiene un doble fundamento. Por un lado, el artículo 2.1.i) ET contempla la posibilidad de que en el mismo quede incluido "cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley". Y por otro, el artículo 20.3.f) y la Disposición Adicional Primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, dirigen un mandato al Gobierno para que regule, mediante Real Decreto, la relación laboral especial de residencia. Con ello, no sólo se da cumplimiento a las directrices que sobre este tema dicta la Unión Europea, sino que se pone fin a la vigencia de la Ley 24/1982, de 16 de junio, sobre enseñanzas sanitarias especializadas, que hasta este momento había sistematizado esta materia.

Y es que como es sabido la relación laboral especial de residencia para adquirir el título de especialista sanitario fue creada por la Ley 44/2003. Aunque también, posteriormente, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, introdujo algunas reglas sobre la jornada y el tiempo de trabajo de los residentes. No obstante, la principal innovación tiene lugar tras la nueva regulación, que se centra en el cambio sustancial de la configuración de esta relación de trabajo, ya que si bien hasta ese momento esta actividad había estado incluida dentro de los denominados contratos for-

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> GHERA: *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari, 1993, pág. 311; CARDENAL CARRO, M: "A los 15 años de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)", cit, pág. 163.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A: "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)", *Relaciones Laborales*, nº 3, 2007, pág. 94.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: Las relaciones laborales especiales, cit, pág. 32.

mativos<sup>10</sup>, tras la reforma se considera una relación laboral de carácter especial.

No cabe duda, sin embargo, que las peculiaridades que presenta la relación jurídica que vincula a este colectivo de profesionales con los centros médicos correspondientes, vienen determinadas por el objeto formativo de estos contratos, consistente en el desarrollo de un programa de formación especializada mediante el sistema de residencia, a efectos de obtener un título de especialista, que está en la base de su calificación como relación laboral especial.

La importancia del RD 1146/2006 reside, principalmente, en que un colectivo formado aproximadamente por unas 20.000 personas entre médicos, enfermeros, biólogos o farmacéuticos, que realizan su formación sanitaria especializada por el sistema de residencia en nuestro país, cuentan, por vez primera, con un marco jurídico estable que recoge sus derechos en el ámbito laboral. Por este motivo, el Real Decreto fue elaborado conjuntamente por el Ministerio de Sanidad y Consumo, competente en materia de gestión del personal en formación, y el Ministerio de Trabajo e Inmigración, al tratarse de una norma que sistematiza la prestación laboral de un colectivo de trabajadores. Ministerios que junto al de Educación, Política Social y Deporte también han participado en la elaboración del RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos de la formación sanitaria especializada.

No obstante, debido a sus peculiares características, la regulación de esta materia también se completa en el caso de que se produzca un vacío normativo con las directrices que surgen de otros preceptos de diversa índole o condición<sup>11</sup>, como las normas sanitarias, el Estatuto de los Trabajadores, las restantes normas laborales de carácter general y la normativa comunitaria de referencia que sistematiza el tiempo de trabajo, la libre circulación de profesionales y trabajadores o el reconocimiento de títulos y diplomas. A saber, las Directivas 93/16/CEE, de 5 de abril y 2003/88/CE, de 4 de noviembre.

### 2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FOR-MALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Los trabajadores que quedan incluidos en esta relación laboral especial son los titulados universitarios que tras haber participado en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada, para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud. El anexo I del RD 183/2008 recoge las especialidades que se obtienen actualmente por el sistema de residencia, clasificándolas según la titulación requerida para el acceso a las mismas, en cinco bloques: 1) especialidades médicas, 2) especialidades farmacéuticas, 3) especialidades en psicología, 4) especialidades de enfermería, y 5) especialidades multidisciplinares.

Asimismo, el RD 1146/2006 también será de aplicación a los especialistas en Ciencias de la Salud que tras ejercer al menos durante cinco años deseen obtener un nuevo título de especialista, en una especialidad del mismo tronco de la que posean y a los que según el artículo 25 de la Ley 44/2003, accedan a la formación para la obtención del Diploma de Área de Capacitación Específica, por el sistema de residencia. Siempre que dicha formación sea programada y no se lleve a cabo a través del ejercicio profesional específicamente

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> La OM de 27 de junio de 1989, reguladora de las pruebas selectivas para el acceso de formación sanitaria especializada, determinaba expresamente en su artículo 14.3: "los adjudicatarios de plaza cumplido el trámite anterior iniciarán en ella el correspondiente programa de formación bajo la dependencia del centro de que se trate, para lo que, concluirán el oportuno contrato de trabajo en prácticas". Aunque, posteriormente, dos textos normativos se encargaron de desvincular esta relación laboral de dicha regulación. Así, el RD 2317/1993, de 29 de diciembre, de desarrollo de los contratos en prácticas y de aprendizaje y de los contratos a tiempo parcial, establece en su Disposición Adicional 1ª, que "los contratos sobre prácticas y enseñanzas sanitarias especializadas se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1982, de 16 de junio". Mientras que la OM de 27 de noviembre de 1996 señalaba que "en el caso de plazas de formación por el sistema de residencia, se formalizará el oportuno contrato de trabajo entre la entidad titular del centro o unidad docente y el residente", eliminando, por tanto, cualquier referencia anteriormente existente al contrato de trabajo en prácticas.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 2008.

orientado al área correspondiente<sup>12</sup>, ya que, con carácter general, los centros sanitarios sólo pueden recurrir a la figura del residente para el cumplimiento de las finalidades para las que ha sido prevista y no para satisfacer necesidades asistenciales ordinarias<sup>13</sup>.

Excluidos del ámbito de aplicación de esta relación laboral especial, quedan, sin embargo, tal y como recoge la Disposición Adicional Octava del RD 1146/2006, los especialistas en formación miembros de las Fuerzas Armadas, que se formen tanto en plazas de la red sanitaria militar como del resto de la red sanitaria, ya que a este colectivo de trabajadores le es de aplicación su normativa específica.

Los establecimientos sanitarios en los que se encuentran los centros o unidades docentes contratantes han de estar acreditados, aunque pueden tener una titularidad pública o privada. Esta diferenciación es importante ya que el cuadro de fuentes aplicables en uno u otro caso es distinto en diversos aspectos, como en materia retributiva o disciplinaria<sup>14</sup>.

Antes de iniciar su actividad laboral el residente debe formalizar por escrito un contrato con la entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir formación cuya exigencia tiene aquí una dimensión *ad solemnitatem*<sup>15</sup>. Por ello, en el mismo se deben especificar entre otros extremos la unidad docente donde se va a desarrollar el programa formativo, la convocatoria en la que ha obtenido la plaza, la fecha del comienzo de la relación y su duración, el título universitario del residente y el programa de formación que va a cursar. Asimismo, se impone como requisito de su válida celebración la superación de los pertinentes exámenes médicos. De tal manera que, el contrato quedará sin efecto si, cumplido el procedimiento

previsto en la convocatoria por la que el residente obtuvo la plaza, se resolviese la no superación de dicho examen, ya que con él se va a comprobar que no padece alguna enfermedad o limitación, física o psíquica, que sea incompatible con las actividades profesionales que exige su programa formativo.

En todo caso hay que destacar que el artículo 2.2 del RD 1146/2006 se refiere exclusivamente a la existencia de limitaciones físicas o psíquicas que padezca el propio residente que le impidan seguir su programa formativo, y no a las posibles deficiencias arquitectónicas o instrumentales del centro sanitario 16. De modo que como recoge la Disposición Adicional Segunda del RD 1146/2006, en el supuesto de que se adjudique una plaza de residente en formación a una persona con discapacidad, el centro del que depende la unidad docente correspondiente está obligado hacer las obras o adaptaciones necesarias para lograr la accesibilidad a todas las actividades del programa formativo. Y si ello no fuera posible, la Administración sanitaria donde se ubique dicha unidad docente está obligada a ofertar otra plaza en una unidad docente que reúna las cualidades que permitan su formación en las mismas condiciones que los restantes residentes de su especialidad. De igual manera, si no puede realizar jornadas de trabajo prolongadas, no se disminuye el número de horas que determina su programa formativo, aunque éstas sí se organizan de forma que el residente tenga los descansos necesarios y apropiados a sus capacidades funcionales.

Es necesario que el contrato se formalice por cuadruplicado, ya que además de entregar una copia básica a los representantes de los trabajadores, son receptores del contrato: el residente, el centro hospitalario o la entidad titular de la unidad docente que figura como empleador, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Sanidad y Consumo<sup>17</sup>, lo que supone una especialidad no sólo con respecto a la regulación que de esta materia hacen los RD que regulan las res-

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, cit, pág. 57.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: Las relaciones laborales especiales, cit., pág. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> GARCÍA MURCIA, J: "La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria", Extraordinario XV Congreso "Derecho y Salud", pág. 5. En contra, BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 68, que considera que se trata de un mero requisito ad probationem.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A: "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006", cit, pág. 98.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 68.

tantes relaciones laborales especiales, sino también el artículo 8 ET. Tampoco se prevé que pueda establecerse un período de prueba que de a conocer las aptitudes del trabajador, ya que se considera que el residente está suficientemente capacitado para realizar esta actividad laboral al haber obtenido la plaza tras superar un proceso selectivo de carácter nacional celebrado teniendo en cuenta los principios de igualdad, mérito y capacidad.

A diferencia de otros trabajadores extranjeros, los residentes extracomunitarios no es necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo antes de iniciar sus estudios de especialización en España tal y como establece el artículo 91 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Aunque la oficina consular de su lugar de residencia podrá expedir el visado de estudios tras verificar que se encuentra realizando en nuestro país esta actividad.

Asimismo, el artículo 30 del RD 183/2008 recoge la posibilidad de que el Ministerio de Sanidad y Consumo autorice estancias formativas temporales a graduados y especialistas en Ciencias de la Salud en activo en países con los que se hava suscrito convenios de colaboración cultural. Estas estancias se realizan en unidades docentes acreditadas para la formación de especialistas. Y a pesar de que no se requiere que exista una vinculación laboral con el centro sanitario en el que se efectúen, quienes las llevan a cabo tienen la consideración de personal en formación, por lo que las actividades en las que intervengan serán, en todo caso, planificadas, dirigidas, supervisadas y graduadas por los profesionales que presten servicios en la unidad asistencial en la que se realice la estancia.

### 3.- DERECHOS Y DEBERES.

La finalidad formativa del contrato condiciona de manera intensa el elenco de derechos y deberes de los residentes. Así, como señalan los artículos 4 y 5 del Real Decreto, además de los establecidos con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, éstos cuentan con otros específicos. A saber, entre los derechos: conocer el programa de formación de la especialidad a cuyo título aspira, a la designación de un tutor o a recibir a través de una práctica profesional programada, tutelada y evaluada, una formación

teórico-práctica que le permita alcanzar progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesaria para el ejercicio autónomo de la especialidad, mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro.

Como señala el artículo 11 del RD 183/2008, el tutor es el especialista que tiene la misión de planificar y colaborar activamente en el aprendizaje de los conocimientos, habilidades y actitudes del residente a fin de garantizar el cumplimiento del programa formativo de la especialidad de que se trate. Aunque será cada Comunidad Autónoma la que determine el procedimiento para su nombramiento, con sujeción a los criterios generales que apruebe la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud y los procedimientos de evaluación para su acreditación y reacreditación periódica. A estos efectos, se tienen en cuenta, entre otros factores, su experiencia profesional continuada como especialista, su experiencia docente, las actividades de formación continuada, su actividad investigadora y de mejora de calidad, su formación específica en metodologías docentes, el resultado de las evaluaciones de calidad y las encuestas sobre el grado de satisfacción alcanzado.

Pero, además, como el resto de los trabajadores, los residentes tienen derecho, por un lado, a recibir asistencia v protección de la entidad docente o servicio de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones. De tal manera que, al igual que el personal estatutario recibirán no sólo asistencia técnica, profesional o jurídica, sino también la cobertura de responsabilidad patrimonial derivada de daños causados en el ejercicio de la actividad profesional<sup>18</sup>. Y por otro lado, a contar con la misma protección en materia de salud laboral que el resto de los trabajadores de la entidad en la que prestan servicios, a pesar de que su vinculación con el centro sanitario sea temporal. Sobre todo, con respecto a los deberes de formación e información en materia preventiva, deber de vigilancia periódica del estado de salud y deber de información a los órganos de prevención de la incorporación de los especialistas en formación al centro sanitario o unidad docente<sup>19</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, cit, pág. 112.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 113.

Asimismo, en el RD 1146/2006 se recogen una serie de deberes que obligan al residente a formarse siguiendo las instrucciones de su tutor v del personal sanitario, a conocer y cumplir los reglamentos y normas de funcionamiento aplicables en las instituciones que integran la unidad docente, especialmente en lo que se refiere a los derechos del paciente o a realizar todo el programa de formación con dedicación a tiempo completo, sin compatibilizarlo con cualquier otra actividad a excepción de los estudios de doctorado. Este último requerimiento excluve la posibilidad de que el contrato del residente pueda celebrarse a tiempo parcial tal y como señala expresamente el artículo 5.3 del RD 1146/2006 en línea con lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

No obstante, también permanecen plenamente vigentes con carácter supletorio los deberes laborales básicos que recoge el artículo 5 ET. A saber, deber de diligencia, de buena fe, de observancia de las medidas de seguridad e higiene, deber de obediencia, de no concurrir con la actividad de la empresa y de contribuir a la mejora de la productividad.

### 4.- DURACIÓN DEL CONTRATO.

Debido a su carácter formativo, la duración del contrato será de un año, renovable por periodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación y siempre, que al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación correspondiente. Es destacable que a diferencia de otros contratos de duración determinada y de los denominados contratos formativos, la prorroga no es una facultad graciable del empleador, sino un derecho del trabajador que ha cumplido los objetivos del programa de formación<sup>20</sup>. Además, a este tipo de contratación tampoco es aplicable lo que dispone el artículo 15.5 ET con respecto a los trabajadores con contrato de duración determinada ya que los residentes no adquieren la condición de fijos a pesar de que en un periodo de treinta meses hayan estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales al igual que sucede con los contratos formativos regulados en el artículo 11 ET.

Como señala el artículo 16 del RD 183/2008, el seguimiento y calificación del proceso de adquisición de competencias profesionales durante el período de residencia se lleva a cabo mediante las evaluaciones formativa, anual y final. La primera de ellas, la evaluación formativa, se basa en varios instrumentos: a) entrevistas periódicas entre el tutor y el residente, que con un carácter estructurado v pactado, favorecen la autoevaluación v el autoaprendizaje del especialista en formación, b) otros instrumentos que permitan una valoración objetiva del progreso competencial del residente según los objetivos del programa formativo y según el año de formación que esté cursando, v c) el libro del residente, que se utiliza como soporte operativo de la evaluación formativa del residente ya que registra las actividades que realiza durante su programa formativo.

La evaluación anual tiene la finalidad de calificar los conocimientos, habilidades y actitudes de cada residente al finalizar cada uno de los años que integran el programa formativo. Será positiva si ha alcanzado el nivel exigible para considerar que se han cumplido los objetivos previamente establecidos y negativa en caso contrario. En este último supuesto, si el Comité de evaluación considera que puede alcanzarlos mediante un plan de recuperación específica, el contrato se prorroga por el período de duración de dicho plan, que debe realizarse dentro de los tres primeros meses del año lectivo siguiente. No obstante, cuando la evaluación anual negativa sea debida a la imposibilidad de prestación de servicios por un periodo superior al 25 % de la jornada anual como consecuencia, entre otras causas, de la suspensión del contrato, el Comité de evaluación puede incluso aconsejar la repetición completa del año, siempre que previamente informe favorablemente la comisión de docencia y el Ministerio de Sanidad y Consumo.

La evaluación final tiene como objeto verificar que el nivel de competencias adquirido por el especialista en formación le permite acceder al título de especialista. Por ello, el Comité de evaluación teniendo en cuenta el expediente completo de todo el periodo de residencia, levanta acta otorgando a

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: Las relaciones laborales especiales, cit, pág. 39.

cada residente una calificación positiva, positiva destacada o negativa.

### 5.- TIEMPO DE TRABAJO.

Otra cuestión a tener en cuenta es la relativa al tiempo de dedicación del interesado que no sólo hace referencia al tiempo de trabajo sino al tiempo disponible para adquirir la formación necesaria o suficiente para ejercer con solvencia su especialidad sanitaria. En principio, el tiempo de trabajo y el régimen de descansos del personal residente es el establecido en los respectivos servicios de salud siguiendo el correspondiente convenio colectivo, o en su defecto, las normas, pactos o acuerdos dictados para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando en cada servicio de salud. Aunque, en todo caso, la duración máxima de la jornada ordinaria no puede exceder las 37'5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo<sup>21</sup>. Por tanto, el artículo 5 del RD 1146/2006 siguiendo las pautas previamente establecidas en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, presenta diferencias respecto a la regulación que recoge el artículo 34 ET, ya que la duración máxima de la jornada ordinaria y el tiempo de referencia son inferiores a los legalmente allí recogidos. No parece probable, sin embargo, que por pacto individual se pueda fijar una jornada singular, ya que para que la actividad formativa se desarrolle convenientemente es necesaria una ordenación general o colectiva<sup>22</sup>.

En relación con este tema es destacable que para que el residente pueda conciliar con mayor facilidad su vida profesional y laboral, tiene derecho a una organización de su horario de trabajo que, sin suponer una disminución en el número anual de horas establecido, le permita realizar jornadas diarias no superiores a 12 horas. Para ello, como recoge la Disposición Adicional Tercera del RD 1146/2006 deben darse diversos supuestos como: a) un embarazo, b) razones de guarda legal que obligan al residente a que tenga a su cuidado directo algún menor o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida, c) cuando le sea necesario encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe ninguna actividad retribuida, y d) cuando el residente tenga la guardia y custodia no compartida de un hijo menor de edad.

No obstante, tras 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria que se hubiera establecido excepcionalmente o de jornada complementaria, el residente puede disfrutar de un descanso continuo de 12 horas, salvo en casos de emergencia asistencial. Entendida ésta como una situación de carácter imprevisible y grave<sup>23</sup>. En estos supuestos, se aplica el régimen de descansos alternativos previstos en el artículo 54 de la Lev 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. De modo que, la compensación se entiende producida cuando se ha disfrutado al trimestre de un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales, computando para ello todos los periodos de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. De contravenir la Administración el derecho que corresponde a la trabajadora después de cada guardia, se produce un incumplimiento contractual por parte de la entidad demandada, que habrá de ser indemnizado en la forma prevista en el artículo 1101 del Código Civil. De tal manera, que si se acredita que la actora realizó las guardias, y no obtuvo el derecho al descanso posterior a cada una de ellas, debe ser in-

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Según lo dispuesto en la Disposición transitoria primera del RD 1146/2006, siguiendo la Disposición transitoria primera de la Ley 55/2003, la limitación del tiempo de trabajo legalmente establecido para el personal sanitario estatutario de los servicios de salud, sumando la jornada ordinaria y la complementaria se ha venido aplicando progresivamente al personal residente, teniendo en cuenta los siguientes períodos para ello: a) jornada máxima de 58 horas semanales de promedio en cómputo anual hasta el 31 de julio de 2007; b) jornada máxima de 56 horas semanales de promedio en cómputo semestral, entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008, y c) a partir del 1 de agosto de 2008 la jornada máxima será de 48 horas semanales de promedio en cómputo semestral.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> GARCÍA MURCIA, J: "La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria", cit, pág. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 140.

demnizada por la entidad demandada por vía de incumplimiento contractual<sup>24</sup>.

En todo caso, el residente no debe efectuar horas extraordinarias aunque sí está obligado a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente sin que se puedan realizar más de siete guardias al mes. Las causas para que los residentes realicen una "jornada complementaria" son las mismas que el artículo 48 de la Ley 55/2003 señala para el personal estatutario<sup>25</sup>. Esto es. atender servicios de atención continuada y garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios. No obstante, hay que tener en cuenta que a diferencia de lo que recoge el artículo 11 ET para el contrato para la formación, no se fija un porcentaje de horas de formación teórica en relación con las de trabajo, sino que a las citadas horas deben sumarse las de formación que no computan como tiempo efectivo de trabajo, lo que sin lugar a dudas puede ser perjudicial para el trabajador y para la propia finalidad formativa del contrato<sup>26</sup>. Y es que el artículo 5.2 del RD 1146/2006 tan sólo hace referencia a que la jornada laboral asegurará el cumplimiento de los programas formativos "de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no periudique su formación".

El RD 1146/2006 no contempla el derecho de los residentes a disfrutar de un descanso o pausa de quince minutos en jornadas de trabajo que superen las seis horas de duración. Por este motivo, en este aspecto debido a las peculiares características de esta relación laboral también habrá que tomar como referencia lo dispuesto en la legislación estatal básica para el personal estatutario y no lo establecido con carácter general en el artículo 34.4 ET<sup>27</sup>. Y así, como establece el artículo 50 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, "el momento de disfrute de este derecho se supeditará al momento de la atención de los servicios".

La regulación de las fiestas, permisos y vacaciones a que tienen derecho los residentes sigue las pautas que establecen con carácter general los artículos 37 y 38 ET. Aunque si prestan servicios en las entidades titulares docentes dependientes del Sistema Nacional de Salud disfrutan, además, de los mismos días de libre disposición que el personal estatutario de los servicios de salud. A saber, una serie de permisos retribuidos, con retribución parcial o no retribuidos para la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud. También puede exigirse para su concesión el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, a contar desde la finalización del permiso. El incumplimiento de este compromiso implica la devolución por el interesado de la parte proporcional que resulte de las retribuciones percibidas durante el permiso.

El disfrute de las vacaciones y de las fiestas se somete al cumplimiento del programa de docencia y a las necesidades asistenciales, de acuerdo con la programación funcional del centro. Una medida que en cierto sentido prima las necesidades asistenciales de los centros sanitarios sobre los derechos del trabajador en formación.

### 6.- RETRIBUCIÓN.

Otro aspecto importante a tratar es el de la retribución que también presenta diversas especialidades con respecto a lo que indica con carácter general el ET. Así, el salario de los que prestan servicios en las entidades titulares docentes dependientes del Sistema Nacional de Salud es equiparable al que recibe como sueldo base el personal estatutario de los servicios de salud en función del título universitario. Motivo por el cual, su cuantía queda vinculada a lo establecido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y en las Leyes de Presupuestos de las distintas Comunidades Autónomas.

Al salario base se adicionan otros complementos de los que no disfruta dicho personal como: a) el de grado de formación, cuya percepción se devenga a partir del segundo curso de formación con

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> En este sentido, la sentencia del TSJ de Castilla y León de 25 de octubre de 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> GARCÍA MURCIA, J: "La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria", cit, pág. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: *Las relaciones laborales especiales*, cit, pág. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, cit, pág. 141.

el propósito de retribuir el nivel de conocimientos y la progresiva adquisición de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales, b) el de atención continuada, destinado a remunerar la atención a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada, aunque en todo caso se deberá tener en cuenta el límite de siete guardias al mes, y c) un plus de residencia en aquellos territorios en los que así esté instaurado, como Ceuta, Melilla, Baleares y Canarias.

Los residentes perciben dos pagas extraordinarias cuyo importe será como mínimo equivalente a una mensualidad del sueldo y del complemento del grado de formación que se devengan semestralmente en los meses de junio y diciembre. No obstante, y diferencia de lo que recoge con carácter general el artículo 26 ET, al residente tan sólo se le retribuve el tiempo de trabajo efectivo sin que se computen como tal los periodos de descanso entre jornadas. Como tampoco se ha contemplado la posibilidad de cobrar trienios quizás porque el contrato tiene una duración temporal de un año, renovable por periodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente. Incluso no se tienen en cuenta otros complementos típicamente salariales como el plus de antigüedad<sup>28</sup>, el de nocturnidad, el de peligrosidad, el de turnicidad, el de exclusividad, ni el de productividad, debido a que el artículo 41 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, tampoco los contempla para el personal estatutario.

Sin embargo, los que sean contratados por entidades privadas titulares de unidades docentes acreditadas para impartir formación, perciben su retribución conforme a lo establecido en el convenio colectivo aplicable. Si bien su cuantía en ningún caso puede ser inferior a la que reciben los residentes que prestan servicios en entidades titulares docentes dependientes del Sistema Nacional de Salud. En este sentido es destacable que como recoge la Disposición Adicional Séptima del RD 1146/2006 cuando así se acuerde en la negociación colectiva correspondiente, al personal residente le será de aplicación los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario que no sean incompatibles con su normativa específica. Aunque puede resultar dificil determinar, ya que no está expresamente precisado, a qué negociación colectiva se refiere, si a una propia de los trabajadores en formación o a la de aplicación del convenio colectivo del sector<sup>29</sup>.

### 7.- ROTACIONES Y RÉGIMEN DISCI-PLINARIO.

En principio el contrato ha de ejecutarse en el lugar asignado. Pero el RD 1146/2006 contempla la posibilidad de que puedan realizarse "rotaciones externas" o periodos formativos en centros no previstos en el programa de formación ni en la acreditación atorgada al centro o unidad docente en los que se desarrolla. Para su realización se exigen una serie de requisitos. A saber: a) que la rotación sea propuesta y autorizada por órganos competentes, b) que se realice preferentemente en centros acreditados para la docencia, c) que no supere los cuatro meses continuados dentro de cada periodo de evaluación anual, d) que la gerencia del centro de origen se comprometa expresamente a continuar abonando al residente la totalidad de sus retribuciones, incluidas las derivadas de la atención continuada que realice durante la rotación externa, y e) que la comisión de docencia de destino manifieste expresamente su conformidad.

Además, las rotaciones externas dan derecho a gastos de viaje, conforme a las normas y acuerdos que resulten de aplicación a las entidades titulares de la correspondiente unidad docente. Una medida que se asemeja a lo establecido en el artículo 40 ET para los supuestos de movilidad geográfica aunque en este caso concreto su cuantía indemnizatoria no está fijada por las partes firmantes del contrato<sup>30</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> En este sentido es destacable, la sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de julio de 2007, que resuelve el conflicto planteado por varios médicos residentes que trabajaban para el servicio Cántabro de Salud con un contrato laboral temporal y solicitaron el reconocimiento de su derecho a percibir el plus de antigüedad desde su fecha de entrada al servicio.

La resolución determina que esta situación no genera una desigualdad pues "no se puede asimilar al personal médico residente, en sus derechos y obligaciones, con el resto del personal laboral, o estatutario que presta sus servicios en la Comunidad de Cantabria", ya que la naturaleza de los MIR es distinta.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: *Las relaciones laborales especiales*, cit, pág. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 167.

En este sentido es destacable que cuando la residente víctima de violencia de género se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios, tiene derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente en formación de la misma titulación y especialidad que esté vacante en otra unidad docente de otra localidad, e incluso, de otra comunidad autónoma. Para ello, la Administración sanitaria está obligada a comunicar a la residente las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El cambio de unidad docente tiene una duración inicial de seis meses, durante los cuales el centro de origen tiene la obligación de reservar la plaza que anteriormente ocupaba la residente trasladada. Trascurrido este período, la residente puede optar entre regresar al centro de origen o continuar en el nuevo, aunque en este último caso ya no gozará de la reserva del puesto.

Sin embargo, también existen rotaciones por centros que están previstas en el programa de formación o en la acreditación otorgada al centro o unidad docente en el que se desarrollan. Estas rotaciones se denominan "internas" y no conllevan ningún derecho económico. Una previsión que se refiere a las dietas o los gastos de viaje y no a las retribuciones derivadas de la atención continuada que se realicen durante la rotación interna<sup>31</sup>, ya que se trata de manifestaciones expresas de movilidad funcional ocasionadas por causas distintas a las que con carácter general articula el Estatuto de los Trabajadores, y que, por tanto, no gozan de las garantías que el mismo proporciona<sup>32</sup>.

El Capítulo III del RD 1146/2006 siguiendo también en este punto la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, establece el régimen disciplinario para el personal en formación por el sistema de residencia. En él se clasifican y tipifican al igual que en el artículo 72 de dicha Ley, las faltas como leves, graves o muy graves, salvo que por convenio colectivo se determine otra cosa o que como recoge el apartado 5 del artículo 72, las Comunidades

Autónomas establezcan, por norma con rango de Ley, otras faltas además de las tipificadas en los apartados anteriores. Esta clasificación no sólo será aplicable a los residentes que presten sus servicios en centros públicos, sino también en defecto de regulación en convenio colectivo a los trabajadores que ocupen plazas en unidades docentes acreditadas de centros de titularidad privada.

Sin embargo, el abanico de sanciones es más rígido y reducido, ya que tan sólo se contemplan tres tipos de medidas: el apercibimiento, para las faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo, para las faltas graves, y el despido, para las faltas muy graves. Ello es debido a que este régimen sancionatorio es supletorio, y por tanto, aplicable en defecto de convenio colectivo<sup>33</sup>.

De igual manera, el tiempo de prescripción de cada una de las faltas debido quizás al carácter eminentemente temporal de esta modalidad contractual se acorta con respecto al establecido en la Ley de referencia. Y así, las faltas leves prescriben a los diez días, las graves a los veinte y las muy graves a los sesenta días a partir no del momento en que la falta se cometió, sino "de la fecha en que el centro tuvo conocimiento de su comisión", y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. No obstante, estos plazos se interrumpen cuando el responsable de la gestión de personal del centro comunica al residente los hechos para que pueda hacer las alegaciones que estime pertinentes.

# <u>8.- SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL</u> CONTRATO.

El contrato puede suspenderse por cualquiera de los motivos que recoge el artículo 45.1 ET, excepto por mutuo acuerdo de las partes y por causas consignadas validamente en el contrato. De igual manera, el residente puede ausentarse de su puesto de trabajo por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento. E incluso, el RD 1146/2006 prevé que disfrute de las excedencias que recoge el artí-

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 169.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E: "La especialidad de dos relaciones laborales especiales. Especialistas en ciencias de salud y abogados", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 13, 2007, pág. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> DE LA PUEBLA PINILLA: "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)", cit, pág. 105.

culo 46 ET, menos la tipificada en el apartado segundo de dicho artículo.

No obstante, dado el carácter esencialmente formativo de esta relación laboral v los avances de las ciencias de la salud, si el tiempo de suspensión del contrato fuera superior a dos años, el residente cuando reanude su actividad se incorporará en la parte del programa de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad de que se trate aunque tenga que repetir algún período ya evaluado. Esta es la situación en la que también se encuentra el residente que ha solicitado una excedencia por un tiempo superior a dos años. Aunque, en todo caso, como recoge el artículo 22.2 del RD 183/2008, si la evaluación anual fuese negativa debido a la imposibilidad de prestar servicios por un periodo superior al 25% de la jornada anual, como consecuencia de la suspensión del contrato o de otras causas legales, el comité de evaluación debe establecer la prorroga del periodo formativo por el tiempo necesario, o incluso la repetición completa del año, cuando así lo aconsejen la duración de la suspensión o las circunstancias del caso.

En este sentido es destacable que a pesar de la amplitud del periodo de suspensión del contrato debido, entre otros motivos, a un extenso período de incapacidad temporal no se prevé que la relación laboral que une al residente con el centro sanitario pueda extinguirse automáticamente sin que se haya efectuado la correspondiente evaluación y ésta sea negativa<sup>34</sup>.

El artículo 11 del RD 1146/2006 además de recoger las causas de extinción previstas en el artículo 49 ET establece otras íntimamente relacionadas con esta prestación laboral. Como por ejemplo: haber obtenido una evaluación anual positiva o negativa en el último año de formación lo que supone la finalización del programa de la especialización correspondiente. Tanto en un caso como en otro, los afectados pueden solicitar la revisión de la evaluación final siguiendo para ello los procedimientos que recoge la Disposición Adicional Ouinta de este texto normativo y el artículo 24 del RD 183/2008, de 8 de febrero. En el supuesto de que la evaluación anual sea negativa, la extinción no se produce hasta que la Comisión de docencia notifique su resolución al residente y al gerente de la institución. Mientras que si se trata de una evaluación final negativa no se prevé que el contrato se prorrogue hasta que se realice la prueba extraordinaria que determine su calificación definitiva, tal y como recoge el artículo 11.1 c) del RD 1146/2006. Asimismo, se establece la posibilidad de que la autoridad competente retire a la unidad docente la acreditación para la formación de especialistas.

Es destacable que en estos casos la extinción del contrato no da derecho a ninguna indemnización tal y como recoge el artículo 11.1. a), b) y c) del RD 1146/2006. Ello no puede considerarse ninguna especialidad ya que tampoco se prevé en el supuesto de que se extinga alguno de los contratos formativos regulados en el artículo 11 ET<sup>35</sup>. Sin embargo, para las demás causas extintivas sí resultan aplicables las reglas previstas en el ET, que actúa como norma supletoria, de modo que deben respetarse los preavisos, los plazos, y las indemnizaciones que fija este texto normativo<sup>36</sup>.

El residente también puede renunciar voluntariamente a su puesto de trabajo, de forma expresa o tácita. Esto es, cuando se haya autorizado la repetición completa del periodo formativo y no se incorpore a su inicio o al plan específico de recuperación acordado por el comité de evaluación. Debido al carácter formativo del contrato, su extinción determina la de los derechos derivados de la prueba nacional selectiva. Por este motivo, para acceder a la misma especialidad o a otra distinta a la primera es necesario superarla nuevamente, salvo que la causa de la extinción no sea imputable al residente.

Si la extinción del contrato se debe alguna de las causas previstas en el artículo 49 ET, por superación de un periodo de seis meses de suspensión de la relación laboral motivada por fuerza mayor temporal, debido a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o si la trabajadora es una víctima de violencia de género, la Administración puede favorecer que los residentes afectados continúen su formación como especialistas en otras unidades docentes, suscribiendo nuevos contratos

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de junio de 2008.

 $<sup>^{35}</sup>$  LÓPEZ GANDÍA, J: Las relaciones laborales especiales, cit, pág. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A: "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)", cit, pág. 109.

con las entidades titulares de las mismas que darán por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de procedencia. No se especifica la naturaleza de la relación durante el periodo que transcurre entre el acto extintivo y la nueva contratación, aunque con ello se favorece que a pesar de que se produzca la extinción del contrato de trabajo, el residente no pierda los derechos adquiridos al superar una prueba selectiva de carácter nacional.

De igual manera, si el contrato del residente se extingue porque la autoridad competente ha retirado a la unidad docente la acreditación para la formación de especialistas, la Administración sanitaria le ofrecerá otra plaza en otra unidad docente acreditada con la que debe suscribir un nuevo contrato. Aunque en este caso tampoco se prevé que el residente reciba ningún tipo de indemnización<sup>37</sup>.

Finalmente, en el supuesto de extinción por despido disciplinario que fuese declarado improcedente por sentencia firme es el residente y no el empleador el que debe optar entre la readmisión o la indemnización. Ello se justifica "por la finalidad de evitar que una decisión ilícita de la entidad, el despido declarado improcedente, acarree la frustración de la obtención de una titulación de especialista, máxime teniendo en cuenta que el residente despedido hubo de superar, para acceder a la plaza, una dura prueba selectiva"38. La normativa legal no indica el plazo en el que el trabajador debe realizar esta elección por lo que deberá tenerse en cuenta el establecido en el artículo 56 ET. No obstante, si desde que se produce el despido hasta la readmisión transcurre un plazo superior a dos años el residente se incorporará en la parte del programa de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad, aunque ello suponga la repetición de algún período ya evaluado positivamente.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J: El contrato de trabajo de los residentes sanitarios, cit, pág. 183.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> En este sentido, la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de junio de 2008.

# EL CONSENTIMIENTO A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS: PROFESIONALES SANITARIOS, PACIENTES Y FAMILIARES\*

### Belén Trigo García

Profesora contratada doctora de Derecho civil

### Mercedes Gallas Torreira

Profesora contratada doctora de Estomatología

### Amalia Puga Martínez

Profesora titular de la Escuela Universitaria de Enfermería Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO**: 1. El consentimiento en las intervenciones médicas altruistas. 1.1. Donantes vivos. 1.2. Donantes fallecidos – 2. Controversias jurídicas en torno a la intervención de los familiares del donante de órganos 2.1. ¿Qué familiares? 2.2. Donación de órganos pese a la negativa de los familiares

# 1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS INTERVENCIONES MÉDICAS ALTRUISTAS.

Las llamadas intervenciones médicas altruistas<sup>1</sup>, esto es, las relativas a la donación y el tras-

plante de órganos y tejidos, han experimentado en los últimos años un notable desarrollo como consecuencia de los avances de la ciencia médica, así como de los esfuerzos realizados por parte de las autoridades sanitarias para favorecer este tipo de prácticas<sup>2</sup>.

<sup>\*</sup> Este artículo tiene su origen en la comunicación presentada al XVI Congreso *Derecho y Salud* celebrado en Vigo del 21 al 23 noviembre 2007. A su vez, se integra dentro del Proyecto de investigación "La autonomía de la voluntad en el ámbito médico-sanitario: perspectiva legal y relación médico-paciente" (código: PGIDIT06CST20204PR), finaciado por la Xunta de Galicia.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Vid. SPICKHOFF, A.: «Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe», NJW, 2006, núm. 29, págs. 2075 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Durante 2008, se registraron en España 1.577 donantes reales de órganos sólidos, lo que sitúa la tasa por millón de población (p.m.p.) en 34,2. De ellos, 209 fueron donantes en los que ningún órgano pudo ser finalmente utilizado, lo que arroja una cifra de donación de 1.368 donantes efectivos y una tasa de 29,6 donantes efectivos p.m.p., de los que al menos un órgano sólido fue trasplantado. La evolución experimentada en los últimos años en España resulta especialmente destaca-

Dicho desarrollo no ha ha alterado, sin embargo, la especial sensibilidad que suscitan este tipo de intervenciones, dada su naturaleza y las circunstancias en que se producen. De ahí la importancia de conocer y respetar la voluntad de los pacientes que se someten a ellas.

Las consideraciones anteriores justifican la existencia de una legislación específica en la materia, constituida por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos³, y desarrollada por el Real Decreto 2070/1999, de 30 diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Respecto de las células y tejidos⁴, ha de tenerse en cuenta, además, el Real Decreto 1301/2006, de 10 noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células⁵ y tejidos

ble ya que ha supuesto pasar de estar en la parte media-baja de los índices de donación en Europa (en 1989, año de la creación de la ONT, la tasa era de 14 donantes por millón de población), a tener uno de los índices más elevados del mundo. Vid. información sobre el modelo español de donación y trasplante, y sobre la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) en http://www.ont.es/.

<sup>3</sup> A estos efectos, se entiende por órgano aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia; así, los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos. (art. 3.1º *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999).

<sup>4</sup> La Exposición de Motivos del RD 1301/2006 explica que en la elaboración de la norma se tuvo en cuenta la Ley 30/1979; no obstante, difiere su ámbito de aplicación. Así, conforme al art. 1.3° c) RD 1301/2006, quedan excluidos de su ámbito los órganos o partes de órganos, si su fin es el de ser utilizados en el cuerpo humano con la misma función que el órgano completo. Por otra parte, téngase presente que el RD 1301/2006 se aplicará a las células reproductoras en todo lo no previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en su normativa de desarrollo (vid. art. 1.4°).

<sup>5</sup> A estos efectos se entiende por células las células individuales de origen humano o los grupos celulares de origen humano cuando no estén unidos por ninguna forma de tejido conectivo [art. 2.1 c) RD 1301/2006].

humanos<sup>6</sup> y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, que incorpora en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos<sup>7</sup>.

Esta normativa se rige por los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, y anonimato<sup>8</sup>. Por supuesto, se parte de la voluntariedad en la donación de órganos.

La referencia a la información y a la voluntariedad remite, a su vez, a la regulación del consentimiento informado en las intervenciones médicas en general. Como señala la Exposición de Motivos del RD 1301/2006, "En la redacción de este Real Decreto se ha tenido en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> A estos efectos se entiende por tejido toda parte constituyente del cuerpo humano formada por células unidas por algún tipo de tejido conectivo [art. 2.1 w) RD 1301/2006].

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Vid. también la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

<sup>8</sup> COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., "Análisis del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre extracción y trasplante de órganos", La Ley, 2000-2, pág. 1738. Vid. arts. 2 y 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; arts. 2 (Normas y principios generales), 5 (Confidencialidad) y 8 (Gratuidad de las donaciones) del RD 2070/1999; y arts. 3 (Gratuidad y carácter no lucrativo) y 6 (Confidencialidad) del RD 1301/2006 [cfr. arts. 12 (Principios de la donación de células y tejidos), 13 (Consentimiento) y 14 (Protección de datos y confidencialidad) Directiva 2004/23/CE]. Vid. también el art. 10 (Derechos) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y sobre el respeto a la confidencialidad y secreto, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, ...., y desde el punto de vista del régimen de los derechos que pudieran verse afectados, la referencia necesaria ha sido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica"9.

Ahora bien, ha de insistirse en que, respecto de la donación de órganos y tejidos, ese consentimiento informado presenta peculiaridades, estableciéndose un régimen diferente según se trate de donantes vivos o fallecidos.

Respecto de los donantes vivos, cobra pleno sentido la aplicación –con algunas excepciones- de las normas generales en materia de consentimiento informado. En este sentido, el art. 7 (Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos) del RD 1301/2006 prevé que, en todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV (El respeto de la autonomía del paciente) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como se verá, la cuestión no es tan clara respecto de los donantes fallecidos. Precisamente, es en esta última hipótesis en la que el papel que la ley atribuye a los familiares de los donantes resulta ambiguo; al menos, en su interpretación práctica.

A su vez, ha de tenerse en cuenta que la legislación sobre donación de órganos y tejidos se ocupa de la cuestión desde el punto de vista de la organización del sistema sanitario y no desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas en las relaciones entre, de una parte, profesionales médico-sanitarios y, de otra, pacientes y familiares. Este enfoque se manifiesta en el art. 1 (Ámbito de aplicación) del RD 2070/1999, al señalar que esta normativa regula las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos humanos, incluida la donación, la extracción, la preparación, el transporte, la distribución y las actividades del trasplante y su seguimiento (cfr. art. 1.1° y 2° RD 1301/2006).

Lo mismo cabe decir de la normativa general en materia de consentimiento informado, tal como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 41/2002, párrafo 4<sup>o10</sup>. Por tanto, la remisión a esta regulación general tampoco permite resolver las dudas que se susciten sobre el régimen jurídico; así, a efectos de la responsabilidad civil profesional.

### 1.1. Donantes vivos

En la hipótesis de donantes vivos<sup>11</sup>, ha de obtenerse su consentimiento informado. Por tanto, es necesario que el donante sea informado previamente de las consecuencias de su decisión<sup>12</sup>, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.

En materia de capacidad, se exige además que el donante sea mayor de edad, gozando de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. Al respecto, se excluye la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíqui-

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Sin perjuicio de las leyes autonómicas existentes en la materia, se considerará principalmente la regulación estatal por su carácter básico (disposición adicional primera Ley 41/2002) y porque es la que el legislador toma como referente en la normativa sobre donación de órganos y tejidos. Sobre la competencia autonómica en la materia vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2007, págs. 144-155.; PARRA LUCÁN, Mª A., "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado: el confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, págs. 1904-1908, y sobre los interrogantes que se plantean a propósito del documento de instrucciones previas, ibídem, pág. 1930.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> En este punto, la Exposición de Motivos señala que la Ley 41/2002 a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión [la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido en el art. 43 de la Constitución española] diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Donante vivo es aquella persona que, cumpliendo los requisitos legales, efectúe la donación en vida de alguno de sus órganos, o parte de los mismos (art. 3.2º *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999).

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> En todo caso, debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

cas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

La importancia concedida a este consentimiento explica la exigencia de determinadas formalidades, de modo que el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción. Igualmente con carácter previo, deberá acreditarse el estado de salud físico y mental del donante<sup>13</sup>. Tal acreditación será efectuada por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor. Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

En el momento del otorgamiento se requiere la presencia del médico responsable del trasplante, de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención y del médico que haya acreditado el estado de salud del interesado. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. En otro caso, los asistentes, además del interesado, firmarán el documento de cesión donde se manifiesta la conformi-

dad del donante. El art. 9 del RD 2070/1999 señala taxativamente que en ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

### 1.2. Donantes fallecidos

La hipótesis general más habitual en la práctica es la de donantes fallecidos<sup>14</sup>. En este supuesto, el principio consagrado por la normativa española es el de comprobación de la no oposición de los fallecidos, alejándose del rigor y la formalidad exigidos respecto del donante vivo (art. 5 núms. 2 y 3 de la Ley 30/1979, de transplante y extracción de órganos). Por tanto, toda persona difunta<sup>15</sup> que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición es un donante potencial de órganos.

A falta de constancia expresa de la oposición de la persona fallecida a que después de su muerte se realice la extracción de órganos, el art. 10.1° b) (Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos) del Real Decreto 2070/1999 prevé que la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción compruebe si es posible averiguar cuál era la voluntad del difunto.

Para ello deberá informarse sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica. Asimismo, procederá el examen de

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup>Se prevé también la intervención del Comité de Ética; de modo que, la extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante, siendo necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital transplantador.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> La mayoría de los órganos que se transplantan en España y en Europa proceden de cadáveres humanos, practicamente la totalidad, en torno al 99%.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Vid. art. 3.3° *Definiciones* del Real Decreto 2070/1999. El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona, a los efectos de la donación de órganos, se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas (cfr. arts. 3.4° y 10 Real Decreto 2070/1999).

la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Pese a la aparente claridad del criterio legal -se presume que el paciente consiente la donación de sus órganos, salvo que conste su oposición-, en la práctica se produce un cierto grado de incertidumbre. En la medida en que no se exige que la oposición se manifieste de determinada forma (v. gr., por escrito)<sup>16</sup> o en determinado momento, ¿cómo pueden los profesionales médico-sanitarios asegurarse de conocer la voluntad real del interesado? Ha de tenerse en cuenta que aun existiendo una voluntad favorable a la donación, la persona puede cambiar de opinión en cualquier momento, revocando ese consentimiento expreso.

Por otra parte, piénsese en las consecuencias de llevar a cabo la extracción de órganos confiando en el consentimiento presunto del paciente, para descubrir *a posteriori* que éste había manifestado su oposición a la donación. ¿Podrían esos profesionales médico-sanitarios incurrir en responsabilidad civil por no haber respetado la voluntad del paciente? Sin perjuicio de cuál fuese el resultado del pleito, existe el riesgo cierto de litigiosidad.

En la práctica, ante la dificultad de averiguar del propio paciente su voluntad relativa a la donación de órganos y conocer si la ha mantenido hasta el momento de su fallecimiento, se entiende que depositarios de dicha voluntad son los familiares. De este modo, la decisión se hace recaer, indirectamente, en los familiares de la persona fallecida.

La confirmación de esta práctica se encuentra en los protocolos de actuación médica y en la información que los servicios sanitarios proporcionan a sus usuarios en la materia. Así, la página de información de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) señala, respecto de los requisitos para ser donante, que "Haber trasmitido a sus familiares más directos dicha voluntad, es suficiente. Su deseo será siempre respetado"<sup>17</sup>.

En la misma línea, para despejar las dudas a propósito de la donación de órganos, el SERGAS (*Servizo Galego de Saúde*), ofrece las siguientes respuestas a preguntas habituales que preocupan a los posibles donantes<sup>18</sup>. Lo cierto es que, aunque no sean sus destinatarios expresos, buena parte de estas respuestas se dirigen también a los familiares de los donantes potenciales.

En primer lugar, al explicar en qué consiste el criterio legal, el llamado "consentimiento presunto" se dice:

La legislación española establece que todo ciudadano español que en vida no manifestara su oposición a la donación de órganos y tejidos, será donante a su fallecimiento siempre que sea válido. A esto se le llama consentimiento presunto. Sin embargo, la práctica en España, desde siempre, obedece a un consentimiento informado; es decir, autorización expresa y por escrito de la familia del fallecido (mías las cursivas y la traducción)<sup>19</sup>.

Respecto de la pregunta de qué ocurre si se cambia de opinión sobre la donación, se recomienda:

Si usted cambia de opinión rompa la tarjeta de donante y comuníqueselo a su familia. Es muy importante que su familia conozca sus deseos de ser o no donante, dado que siempre serán consultados.

Y se insiste ¿ayuda a la familia conocer la opinión sobre la donación del fallecido?

<sup>16</sup> Cfr. art. 10.1° a) del Real Decreto 2070/1999, según el cual, la voluntad del paciente contraria a la donación será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> La evolución de los porcentajes de negativas a la donación en la última década indica que la persistencia mantenida por encima del 20% a nivel estatal, se ha roto en los últimos años, si bien con oscilaciones. Así, en 1992 el porcentaje de negativas familiares en el Estado era del 27,6%; en 2002 y 2003 se situó en el 20%, alcanzándose el porcentaje más bajo

en el año 2006, con un 15,2%. De acuerdo con los datos de 2008, el porcentaje de negativas familiares a nivel estatal fue del 17,86%. Ahora bien, las diferencias entre Comunidades Autónomas son acusadas; por ejemplo, en Galicia, de la que se hablará a continuación, la llamada *barrera familiar* se tradujo en un porcentaje de negativas de la familia en 2008 del 20,53%. Fuente http://www.ont.es/.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Información disponible en http://www.sergas.es/.

<sup>19</sup> Obviamente, no resulta correcta la mención aquí del consentimiento informado. Este concepto hace referencia a la necesidad de que el paciente pueda decidir sobre la intervención o el tratamiento médico propuesto después de recibir la información adecuada [vid. arts. 2 (*Principios básicos*), 3 (*Definiciones legales*), y 8 (*Consentimiento informado*) de la Ley 41/2002], y art. 5 del Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Éste es un tema transcendental, porque en algunas ocasiones los familiares de los fallecidos no conocen la opinión en vida sobre la donación y por ese motivo tienen dificultades para tomar la decisión.

Todos aseguran, en estas circunstancias, que sería bueno conocer en vida cuál era la opinión del fallecido sobre la donación porque *les ayudaría mucho para tomar esa decisión* tan importante y urgente.

El desconocimiento por los familiares de los deseos de donación es el principal argumento de las negativas familiares para la donación. Es muy importante que nuestras personas más queridas y allegadas conozcan el deseo de la donación, ya que siempre los médicos se lo consultarán.

Las familias cumplen la voluntad de la persona fallecida, si la conocen (mías las cursivas y la traducción).

Finalmente, al plantear qué ocurre si la familia del fallecido se opone a la donación, se contesta:

Que esta no se lleva a cabo. La familia decide por encima de cualquier papel. Una persona puede hacerse donante en un momento de su vida y cambiar después de opinión. La familia no autoriza ni deniega, sino que se supone que tiene conocimiento de la última voluntad del fallecido y lo pone de manifiesto (mías las cursivas y la traducción).

Por tanto, una persona puede estar identificada como donante (v. gr. mediante su tarjeta de donador, o manifestando su voluntad en este sentido en el documento de instrucciones previas; el llamado testamento vital). Ahora bien, ello no sería suficiente para omitir las averiguaciones previstas en el art. 10 del RD 2070/1999, en particular, la consulta a los familiares. Esta información debería ser un indicio más a la hora de acreditar la eventual oposición por parte del paciente, si bien en la práctica se ha convertido no sólo en un dato relevante, sino en el dato decisivo a la hora de autorizar la donación.

Así lo reconocen también los tribunales de justicia en el relato fáctico de los hechos enjuiciados. El patrón de actuación se repite en todos los casos sin que el tribunal presente ninguna objeción: diagnosticada la muerte cerebral se plantea a los

familiares del paciente la donación de órganos para su aceptación<sup>20</sup>. En algún caso se cita expresamente el protocolo de actuación en caso de donación de órganos<sup>21</sup> e incluso la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006<sup>22</sup>, precisa que los servicios médicos trataron de mantener con vida al paciente, aunque su situación era irreversible, "hasta que los familiares decidieran lo procedente sobre la donación de órganos".

Este planteamiento tiene un cierto apoyo normativo en la ambigüedad del inciso final del art. 10.1° del Real Decreto 2070/1999. Concretamente, al enumerar los requisitos que han de cumplirse para la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos dispone que, siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. No dice, sin embargo, a qué efectos. En todo caso, el precepto parece deberse más bien a consideraciones de humanidad y respeto en el trato con los familiares de la persona fallecida. Adviértase que se habla de información; mientras que en los párrafos anteriores del precepto se hace referencia, exclusivamente, a la voluntad de la persona interesada.

En opinión de MARCO MOLINA, J., pese a la corrección del régimen legal vigente en el plano jurídico, los médicos no se deciden a proceder a la extracción de órganos para la donación sin contar con los familiares del posible donante, tanto por respeto a ellos como por temor a su reacción; lo que supone la inaplicación del criterio legal por su choque con las convicciones sociales<sup>23</sup>.

Asimismo, puede influir la inercia de los usos en la práctica. Hay que recordar que la antigua

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 6 noviembre de 1999 (AC 1999\2489); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 septiembre de 2004 (RJCA 2005\773); STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 19 febrero de 2004 (JUR 2004\230688).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Vid. STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 16 enero de 2003 (JUR 2003\185889), que se remite al protocolo de donante de asistolía.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> JUR 2006\263907.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> MARCO MOLINA, J., "El régimen jurídico de la extracción y trasplante de órganos", *La Ley*, 2001-5, págs. 1716-1717.

Ley, de 18 de diciembre de 1950, sobre autorización para la obtención de piezas anatómicas para injertos procedentes de cadáveres, en su art. 2, permitía la extracción con autorización expresa en vida del fallecido y la no oposición de sus familiares.

Posiblemente, la aplicación literal de la legislación vigente sobre donación de órganos pueda chocar con la sensibilidad de los familiares de la persona fallecida, en primer término, y con la sensibilidad de la sociedad en general, lo que sería contraproducente desde la perspectiva de lograr el máximo respaldo social a los programas de donación y trasplante. Posiblemente también, la práctica seguida hasta el momento resulta útil a la hora de evitar reclamaciones. Ahora bien, algunos problemas sí se han producido (vid. infra epígrafe 2) y, en todo caso, sería conveniente adecuar la normativa a la realidad práctica para evitar ambigüedades y confusiones.

# 2. Controversias jurídicas en torno a la intervención de los familiares del donante de órganos

La revisión de la jurisprudencia española revela que la práctica adoptada por los centros hospitalarios ha evitado la litigiosidad en materia de donación de órganos. En efecto, son escasísimas las sentencias relativas al consentimiento para la donación de órganos de personas fallecidas.

No obstante, desde una perspectiva jurídica, son varias las cuestiones que pueden suscitarse. A continuación, se expondrán algunas de ellas, sin ánimo exhaustivo.

### 2.1. ¿Qué familiares?

La normativa en materia de donación de órganos se refiere genéricamente a familiares del donante; estableciéndose, en su caso, la obligación de informar a los familiares presentes en el centro sanitario. Parece lógico pensar que éstos serán los familiares más próximos del paciente y los unidos a él por vínculos de afecto y confianza más intensos. Ahora bien, las posibilidades del personal sanitario para acreditar y, en su caso, valorar la existencia de tales vínculos son limitadas. Así, por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de dere-

chos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 5, alude a propósito de la información sanitaria a *personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho*<sup>24</sup>.

Una hipótesis de este tipo estuvo en el origen del caso contemplado por la STS (Sala de lo Penal), de 17 de diciembre de 2004<sup>25</sup>. En concreto, la querellante manifestaba ser esposa del fallecido. Ambos habían viajado a Buenos Aires (Argentina) en enero de 1999, teniendo previsto regresar a España a finales de febrero, fecha en que regresó ella y no su marido, porque habiéndose diagnosticado inicialmente una neumonía y posteriormente un tumor maligno en el pulmón, se desaconsejó su viaje. Agravado su estado hasta su fallecimiento, se ocupó el querellado, como amigo del fallecido del internamiento, donación de órganos, cremación, etc., sin pedir autorización a la viuda. Al respecto, el querellado alegó la existencia de malas relaciones entre los esposos, explicando con ello la vuelta a España de la mujer; asimismo, afirmaba que de todos los trámites se ocupó junto con un hijo del fallecido.

Si consideramos, entonces, un círculo relativamente amplio de personas –familiares y allegados-, podemos encontrar discrepancias de criterio entre unos y otros respecto de la donación de órganos. En este supuesto, ¿debe concederse preferencia al criterio de alguna de estas personas, familiares y allegados, respecto de las otras? Ante la incertidumbre, ¿debe excluirse la donación? ¿tienen algún margen de apreciación los profesionales médicos-sanitarios?

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Cfr. respecto de las parejas de hecho, la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 mayo, de las parejas de hecho, cuyo art. 13 (Servicios sanitarios) dispone que, en el ámbito de los servicios sanitarios, los miembros de la pareja de hecho tendrán los mismos derechos que la normativa sectorial sanitaria atribuya a los cónyuges o familiares y asimismo tendrán derecho a obtener, en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, incluida la información y prestación de testimonio en los casos de donación y extracción de órganos. Si fuera preciso el previo consentimiento escrito de un paciente para la realización de una intervención sanitaria y éste no se hallase capacitado para tomar decisiones, los miembros de la pareja de hecho tendrán el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los cónyuges y familiares de los usuarios del sistema sanitario público vasco.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> RJ 2005/815.

Dada la urgencia y premura de tiempo en la toma de decisión, cualquier pronunciamiento judicial que aclare la cuestión se producirá *a posterio-ri*; y fuese cual fuese la resolución judicial, existe el riesgo de que la actuación médica no respete la voluntad atribuida al paciente, ya fuese aquélla la extracción de los órganos o la exclusión de la donación.

Casos de este tipo no han llegado todavía a los tribunales españoles, pero sí es posible encontrar supuestos, de alguna forma, similares. Así el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) de 15 de marzo de 2006<sup>26</sup>.

En el litigio se discutía a quién le correspondía la decisión sobre el lugar de enterramiento del difunto, a su esposa o a sus progenitores. Al respecto, el tribunal entiende aplicable analógicamente (art. 4 CC) lo dispuesto para la donación de órganos; de modo que la disposición sobre los restos mortales le corresponde, en primer lugar, al propio difunto en vida; ante la ausencia de esa voluntad manifestada en vida por el fallecido, quien debe determinar qué hacer con los restos mortales será el cónyuge supérstite<sup>27</sup>.

# 2.2. Donación de órganos pese a la negativa de los familiares

De acuerdo con lo visto anteriormente, se trataría de un supuesto, casi podría decirse, excepcional; pero no imposible de encontrar en la práctica. En este sentido, la STSJ de la Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3<sup>a</sup>), de 28 de septiembre de 2000<sup>28</sup>, tuvo que pronunciarse sobre las consecuencias -en el plano de la responsabilidad- de la extralimitación de la actuación médica respecto del consentimiento otorgado para la donación de órganos. Ha de tenerse en cuenta que tanto la conformidad como la oposición a la donación, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos [art. 10.1° a) Real Decreto 2070/1999].

En el caso, la hija de los demandantes había sufrido un accidente automovilístico, falleciendo poco después. A petición de la coordinadora de trasplantes del hospital en que había sido ingresada, "tras una profunda reflexión –dice literalmente la sentencia-, los padres concedieron autorización para efectuar el explante del corazón, el hígado y los riñones". Días después se realizó la autopsia al cadáver por el médico forense<sup>29</sup>, en la que se señaló que al cadáver le faltaba el pulmón izquierdo. Ante tal ausencia, los padres se dirigieron al Hospital, quien contestó no tener constancia de haberse procedido a la extracción del mencionado pulmón izquierdo.

A la vista de estos hechos, el tribunal declara la responsabilidad del centro hospitalario por el daño moral infligido a los padres de la fallecido, al haber sido traicionada su confianza, basada en la promesa realizada de no proceder a la extracción de más órganos del cadáver de su hija que los autorizados. Merece la pena detenerse en el razonamiento que justifica esta decisión:

"No se puede argumentar la responsabilidad del Hospital la Fe por extracción de órganos sin autorización de los padres porque, en primer lugar, aunque limitada existía autorización, por otro lado, dicha autorización no la configura nuestra legislación como necesaria, si bien, como informa la Organización Nacional de Transplantes se ha establecido a nivel práctico la necesidad de que los equipos de extracción de órganos cuenten con la previa autorización de la familia del finado o, cuando menos, con su falta de oposición en aquellos supuestos en que no constare de manera expresa y fehaciente la voluntad del difunto... Es decir, los padres con la legislación española no pdorían reclamar indemnización en caso de haberse extraído el pulmón y transplantado a otra persona en las condiciones establecidas en la Ley. El problema en este caso radica en que el

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> JUR 2006/148962.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Cfr. art. 15 (*Trámites administrativos* «post mortem») de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 mayo, antes citada, según el cual, en caso de fallecimiento de uno de los componentes de la pareja de hecho, el otro podrá participar en los trámites y gestiones relativas a la identificación y disposición del cadáver, enterramiento, recepción de objetos personales del difunto y cualesquiera otros que resultaran precisos, en iguales condiciones que las parejas casadas.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> JUR 2001/86331.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Cfr. art. 10. 5 Real Decreto 2070/1999, que prevé, en los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, que antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

pulmón no ha sido extraído para beneficio de otra persona, entre otras cosas porque no era apto, sino que simplemente ha desaparecido.

Otra perspectiva viene determinada por el daño moral que se le haya podido causar a unas persona que perdiendo a su hija y, de forma altruista, donan unos órganos y a los pocos días se encuentran con la sorpresa de que un órgano no donado ha desaparecido. Por un lado, han visto truncada su confianza en la autorización que concedieron, por otro, su pena interna y dolor ha aumentado al no haberse respetado los restos del cadáver no donado, cierto que analizado fríamente la pena es la misma, pero desde la perspectiva de los demandantes se ha infringido un daño moral que a juicio de la Sala es inemnizable".

Obsérvese que el tribunal se muestra prudente, cuando no dubitativo, al valorar el fundamento que ofrece la actual regulación legal de donación de órganos a la reclamación de responsabilidad civil por parte de los padres de la donante. De hecho, no resulta claro cuál sería la decisión judicial si el órgano extraído sin contar con el consentimiento de los familiares hubiese sido efectivamente destinado a una finalidad terapéutica<sup>30</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Cfr. art. 4.1. (*Objetivos*) Real Decreto 2070/1999, según el cual, la extracción de órganos humanos procedentes de donantes vivos o de fallecidos se realizará con finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor sin perjuicio de las investigaciones que puedan realizarse adicionalmente.

### LEGISLACIÓN

#### Sección a cargo de Lola González García

Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (Servicio Jurídico)

#### **LEGISLACIÓN EUROPEA**

- Recomendación del Consejo relativa a una acción en el ámbito de las enfermedades raras
- Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. (D.O. L 155 de 18.6.2009)
- Recomendación del Consejo, de 9 de junio de 2009, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria.(D.O. C 151 de 3.7.2009)
- Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. (D.O.U.E de 20 de agosto de 2009, L.216/76)
- Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963. (B.O.E. núm. 247 de 13 de octubre de 2009, pág. 86371)
- Directiva 2009/135/CE de la Comisión, de 3 de noviembre de 2009, por la que se autorizan excepciones temporales en lo que respecta a determinados criterios de selección de donantes de sangre y de componentes sanguíneos establecidos en el anexo III de la Directiva 2004/33/CE, en el contexto del riesgo de esca-

- sez causado por la pandemia de gripe A. (D.O.U.E. de 4 de noviembre de 2009, L. 288/7)
- Reglamento (CE) Nº 1177/2009 de la Comisión de 30 de noviembre de 2009 por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE. 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procediadjudicación mientos de de contrato. (D.O.U.E. de 1 de diciembre de 2009, L. 314/64)

#### LEGISLACIÓN ESTATAL

- Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1. (B.O.E. núm. 113 de 9 de mayo de 2009)
- Real Decreto 900/2009, de 22 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social. (BOE Nº 131, de 30 de mayo de 2009)
- Real Decreto 1014/2009, de 19 de junio, por el que se regula la concesión de excedencia temporal para personal investigador funcionario y estatutario que realice actividades de investigación biomédica, para el desarrollo de actividades en empresas de base tecnológica. (B.O.E. núm. 155 de 27 de junio de 2009)
- Real Decreto 1041/2009, de 29 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica

- del Ministerio de Sanidad y Política Social y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE Nº 157, de 30 de junio de 2009)
- Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. (B.O.E. núm. 174 de 20 de julio de 2009)
- Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (B.O.E. núm. 177 de 23 de julio de 2009)
- Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. (B.O.E. núm. 177 de 23 de julio de 2009)
- Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico. (BOE Nº 173, de 18 de julio de 2009)
- Resolución de 6 de julio 2009, de la Subsecretaría, por la que se publican las especificaciones técnicas comunes para productos sanitarios de diagnóstico "in vitro", contenidas en la Decisión 2009/108/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 2009. (BOE Nº 172, de 17 de julio de 2009)
- Orden SAS/1904/2009, de 8 de julio, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. (B.O.E. núm. 171 de 16 de julio de 2009)
- Orden SAS/2039/2009, de 20 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el fomento de la traslación, avances de la investigación y dinamización del entorno del Sistema Nacional de

- Salud. (B.O.E. núm. 181 de 28 de julio de 2009)
- Orden SAS/2022/2009, de 20 de julio, por la que se deroga la Orden de 7 de noviembre de 1985, por la que se determinan los medicamentos de utilización en medicina humana que han de dispensarse con o sin receta. (B.O.E. núm. 180 de 27 de julio de 2009)
- Orden SAS/2007/2009, de 20 de julio, por la que se crea y regula el centro de referencia estatal de atención a personas con enfermedades raras y sus familias, en Burgos. (BOE Nº 179 de 25 de julio de 2009)
- Real Decreto 1371/2009, de 13 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 1400/2007, de 29 de octubre, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento a los titulares de pensión de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que residan en una vivienda alquilada, prorrogando su vigencia para el año 2009. (BOE Nº 217, de 8 de septiembre de 2009)
- Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. (B.O.E. núm. 242 de 7 de octubre de 2009)
- Real Decreto 1615/2009 de 26 de octubre por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa". (B.O.E. núm. 265 de 3 de noviembre de 2009)
- Orden SAS/2952/2009, de 8 de octubre por el que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos relativo a las profesiones sanitarias de dentista y de médico especialista en cirugía oral y maxilofacial. (B.O.E. núm. 265 de 3 de noviembre de 2009)
- Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. (B.O.E. núm. 278 de 18 de noviembre de 2009)
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (B.O.E. núm. 283 de 24 de noviembre de 2009)

- Orden SAS/3160/2009, de 16 de noviembre, por la que se crea el Sistema Informático de Sanidad Exterior. (BOE núm. 285, de 26 de noviembre de 2009)
- Orden SAS/3166/2009, de 16 de noviembre, por la que se sustituyen los anexos del Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas. (BOE núm. 286, de 27 de noviembre)
- Real Decreto 1825/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes. (BOE núm. 287, de 28 de noviembre de 2009)

#### **COMUNIDADES AUTONOMAS**

#### **ANDALUCIA**

- Decreto 171/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud. BOJA Nº 95 de 20/05/2009
- Resolución de 30 de abril de 2009, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, por la que se regula la ordenación del proceso de certificación de los distintos niveles de Carrera Profesional y de promoción y mantenimiento de los niveles de Carrera Profesional reconocidos para Licenciados y Diplomados Sanitarios. BOJA Nº 96 de 21/05/2009
- Orden de 11 de mayo de 2009, por la que se crea el Registro de Implantes Quirúrgicos del Sistema Sanitario Público de Andalucía y se establece la obligación de las empresas suministradoras de productos sanitarios de inscribir datos en el mismo. BOJA Nº 98 de 25/05/2009
- Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. BOJA Nº 151 de 05/08/2009
- Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado. BOJA Nº 152 de 06/08/2009

- Orden de 3 de agosto de 2009, por la que se crea la categoría de Facultativo de Genética Clínica en el ámbito de la atención especializada de los centros y de las instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, se regulan sus funciones, requisitos de acceso, plantilla orgánica y retribuciones y se establece el procedimiento de integración directa en la citada categoría creada. BO-JA Nº 163 de 21/08/2009
- Orden de 3 de agosto de 2009, por la que se modifican los Anexos I y IV del Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas. BOJA Nº 170 de 01/09/2009
- Orden de 7 de octubre de 2009, por la que se establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía. BOJA Nº 227 de 20/11/2009

#### **ARAGON**

- Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. B.O.E. num. 201, de 20 de agosto de 2009.
- Decreto 105/2009, de 9 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se crean nuevas categorías estatutarias del área de sistemas y tecnologías de la información en el ámbito del Servicio Aragonés de Salud. BOA núm. 119, de 23/06/2009
- Decreto 115/2009, de 23 de junio, por el que se crea el Consejo Asesor de Atención a la Salud de la Mujer. B.O.A núm. 127 de 3 de julio de 2009
- Decreto 116/2009, de 23 de junio, del Gobierno de Aragón, sobre plazos máximos de respuesta en la asistencia sanitaria en el sistema de Salud de Aragón B.O.A núm. 127 de 3 de julio de 2009
- Orden de 18 de agosto de 2009, de la Consejera del Departamento de Salud y Consumo, por la que se acuerda desarrollar diversos preceptos de ficheros de datos de carácter personal. BOA Nº 181, de 16/09/2009

- Orden de 3 de noviembre de 2009, de la Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, por la que se regula la aplicación de los tiempos máximos de respuesta en primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema de Salud de Aragón. BOA Nº 215, de 05/11/2009
- Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejera de Salud y Consumo, 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. BOA núm. 223, de 17/11/2009
- Decreto 184/2009, de 3 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crean los ficheros de datos de carácter personal «Registro de demanda de primeras consultas de asistencia especializada» y «Registro de demanda de procedimientos diagnósticos» en el Sistema de Salud de Aragón. B.O.A. núm. 215 de 5 de noviembre de 2009
- Decreto 197/2009, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica, en materia de Oficinas de Farmacia y Botiquines. BOA núm. 236 de 04/12/2009

#### **ASTURIAS**

- Decreto 66/2009, de 14 de julio, por el que se regula la estructura y funcionamiento de las áreas y unidades de gestión clínica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. BOPA núm. 170 de 23 de julio de 2009
- Decreto 87/2009, de 29 de julio, por el que se establecen los precios públicos a aplicar por el Servicio de Salud del Principado de Asturias por la prestación de servicios sanitarios. BOPA núm. 186 de 11 de agosto de 2009
- Decreto 115/2009, de 2 de septiembre, de primera modificación del Decreto 19/2006, de 22 de febrero, por el que se crea el Comité para la prevención, el control y el seguimiento de la evolución epidemiológica del virus de la gripe en el Principado de Asturias. BOPA Nº 206 de 4 de septiembre de 2009

 Decreto 140/2009, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico-Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo.
 BOPA Nº 277 de 30 de noviembre de 2009

#### **BALEARES**

- Decreto 41/2009, de 26 de junio, por el cual se regula la prestación ortoprotésica. BOIB Nº 99 de 9/07/2009
- Decreto 46/2009, de 10 de julio, sobre las hojas de reclamación o de denuncia en materia de consumo. BOIB Núm. 103 - 18 / Julio / 2009
- Decreto 59/2009, 18 de septiembre, por el cual se modifica la ordenación sanitaria territorial de las Illes Balears. BOIB Núm. 141 - 26 / Septiembre / 2009
- Decreto 66/2009, de 9 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud de las Illes Balears. BOIB Núm. 152
   17 / Octubre / 2009

#### **CANARIAS**

- Decreto 49/2009, de 28 de abril, por el que se regulan los Registros de Profesionales Sanitarios de Canarias. BOC Nº 091 de 14 de Mayo de 2009
- Decreto 57/2009, de 19 de mayo, por el que se regulan los horarios, turnos de guardia y vacaciones de las oficinas de farmacia. BOC Nº 100 de 27 de Mayo de 2009
- Decreto 81/2009, de 16 de junio, por el que se establecen los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por el Servicio Canario de la Salud y se fijan sus cuantías. BOC Nº 123 de 26 de Junio de 2009
- Orden de 18 de junio de 2009, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas sin recursos económicos suficientes. BOC Nº 129 de 6 de Julio de 2009
- Orden de 17 de junio de 2009, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal de los profesionales sanitarios. BOC Nº 138 de 17 de Julio de 2009

- Orden de 17 de julio de 2009, por la que se procede a la modificación puntual del Mapa Farmacéutico de Canarias y a la mejora de la precisión de localización de las vacantes contenidas en el mismo. BOC Nº 145 de 28 de Julio de 2009
- Decreto 105/2009, de 28 de julio, por el que se crea la Comisión Técnica de seguimiento Clínico del Programa de Diagnóstico Precoz de Cardiopatía Familiar con alto riesgo de Muerte Súbita en la Comunidad Autónoma de Canarias. BOC Nº 153 de 7 de Agosto de 2009
- Orden de 17 de agosto de 2009, por la que se modifica la Orden de 4 de abril de 2008, que establece los requisitos que deben cumplir los centros sanitarios para su homologación en el grupo de Diagnóstico y tratamiento, subgrupo: Rehabilitación BOC nº 84, de 25/4/08
- Orden de 16 de septiembre de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras con vigencia indefinida que han de regir en la concesión de las subvenciones destinadas a asociaciones destinadas a cuidados paliativos integrados de enfermos terminales y atención de familiares. BOC Nº 195 de 5 de Octubre de 2009

#### **CANTABRIA**

- Resolución por la que se dispone la publicación del Convenio de Colaboración entre la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre trasplante hepático, cardiaco y pulmonar. BOC Nº 97, de 22 de mayo de 2009
- Orden SAN/28/2009, de 8 de septiembre, por la que se aprueba la Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos en el Sistema Autonómico de Salud de Cantabria. BOC Nº 182, de 22 de septiembre de 2009
- Resolución por la que se dispone la publicación del convenio de colaboración entre la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Comunidad Autónoma de Cantabria en relación con el proyecto BIFAP. BOC Nº 183, de 22 de septiembre de 2009

#### **CASTILLA LEON**

 Decreto 33/2009, de 7 de mayo, sobre movilidad temporal del Personal Estatutario Fijo Sa-

- nitario Licenciado y Diplomado con título de Especialista en Ciencias de la Salud y Diplomados Sanitarios de los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C y L Nº 88, de 13 de mayo de 2009
- Ley 6/2009, de 16 de junio, sobre complemento de pensión reconocido a Auxiliares Sanitarios Titulados y Auxiliares de Clínica de la Seguridad Social. BOCYL, suplemento núm. 116 de 22 de junio de 2009,
- Decreto 43/2009, de 2 de julio, por el que se regula la carrera profesional del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León. B.O.C y L núm. 125 de 3 de julio de 2009,
- Decreto 48/2009, de 16 de julio, por el que se crea y regula el Observatorio de Agresiones al personal de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C y L Nº 138, de 22 de julio de 2009
- Ley 14/2008, de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada en Castilla y León. B.O.C y L núm. 249 de 26 de diciembre de 2008
- Decreto 75/2009, de 15 de octubre, por el que se regula la ordenación del sistema de formación sanitaria especializada en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León B.O.C y L núm. 202 de 21 de octubre de 2009
- Orden SAN/2046/2009, de 28 de octubre, por la que se garantiza la prestación de servicios mínimos en la plantilla de enfermería del servicio de quirófano de la Gerencia de Atención Especializada de Segovia. B.O.C y L Nº209, de 30 de octubre de 2009
- Orden SAN/2206/2009, de 24 de noviembre, por la que se crea el Registro de Ensayos Clínicos y Estudios Postautorización Observacionales con Medicamentos de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C y L. núm. 231 de 2 de diciembre de 2009

#### CASTILLA LA MANCHA

 Decreto 70/2009, de 02/06/2009, de la Certificación Técnico-Sanitaria del transporte sanitario por carretera. DOCM Nº 109, de 8 de junio de 2009

- Decreto 86/2009, de modificación del Decreto 139/2008 por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Salud y Bienestar Social. D.O.C.M. núm. 133 de 28 de julio de 2009
- Resolución de 29/07/2009, de la Dirección General de Trabajo e Inmigración, por la que se acuerda el depósito y se dispone la publicación del Pacto sobre Promoción Interna Temporal del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 164 de 24 de agosto de 2009
- Resolución de 20/07/2009, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Resolución de 24/04/2007, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se aprueban los modelos de solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema y del informe de salud. D.O.C.M núm. 152 de 6 de agosto de 2009
- Resolución de 28/07/2009, de la Dirección Gerencia, por la que se dispone la publicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Sescam en relación a los servicios de lavandería de las Instituciones Sanitarias. D.O.C.M núm. 149 de 3 de agosto de 2009
- Decreto 176/2009, de 17 de noviembre, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los equipos de valoración. D.O.C.M. núm. 227 de 20 de noviembre de 2009
- Decreto 182/2009, de 01/12/2009, de modificación del Decreto 140/2008, de 9 de septiembre, de estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 238 de 4 de diciembre de 2009
- Orden de 27/10/2009, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de modificación del mapa sanitario de Castilla- La Mancha en Zonas Básicas de Salud de las Áreas de Salud de

Talavera de la Reina y La Mancha-Centro D.O.C.M. núm. 237 de 3 de diciembre de 2009

#### CATALUÑA

- Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública de Cataluña. B.O.G.C. núm. 5495 de 30 de octubre de 2009
- Orden SLT/233/2009, de 30 de abril, por la que se crea la Comisión Asesora en Enfermedades Minoritarias. DOGC núm. 5379 -14/05/2009
- Orden SLT/244/2009, de 23 de abril, por la que se establecen, para el año 2009, los valores de las unidades de pago para la contraprestación de los servicios llevados a cabo por los centros sociosanitarios. DOGC núm. 5386 -25/05/2009
- Resolución SLT/1596/2009, de 29 de mayo, por la que se delega en el Instituto de Prestaciones de Asistencia Médica al Personal Municipal (PAMEM) las competencias en materia de gestión de los servicios de atención sanitaria, en el ámbito territorial de las áreas básicas de salud Barcelona 1A (Barceloneta), Barcelona 10A (Villa Olímpica), Barcelona 6C (Gràcia) y Barcelona 6E (Larrard Lesseps). DOGC núm. 5399 12/06/2009
- Decreto 91/2009, de 9 de junio, por el que se modifica la letra h) del artículo 2 del Decreto 159/2007, de 24 de julio, por el que se regula la receta electrónica y la tramitación telemática de la prestación farmacéutica a cargo del Servicio Catalán de la Salud. DOGC núm. 5398 -11/06/2009
- Decreto 92/2009, de 9 de junio, por el que se establecen los requisitos tecnicosanitarios para la autorización sanitaria de los centros y unidades de diálisis equipados con monitores de hemodiálisis. DOGC núm. 5398 - 11/06/2009
- Decreto 122/2009, de 28 de julio, por el que se modifica parcialmente la delimitación territorial de determinados sectores sanitarios y regiones sanitarias establecida en el Decreto 105/2005, de 31 de mayo, de delimitación de las regiones sanitarias y de los sectores sanitarios del Servicio Catalán de la Salud. DOGC núm. 5433 - 31/07/2009

- Orden SLT/389/2009, de 19 de agosto, por la que se fija la cobertura del Programa de enjuagues periódicos de soluciones fluoradas para el curso académico 2009-2010. DOGC núm. 5454 - 31/08/2009
- Orden SLT/453/2009, de 13 de octubre, por la que se reconoce una ayuda social a personas afectadas de hemofilia u otras coagulopatías congénitas, contaminadas por el virus de la hepatitis C como consecuencia de haber recibido transfusiones sanguíneas o tratamientos con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público de Cataluña. DOGC núm. 5492 - 27/10/2009
- Orden SLT/516/2009, de 26 de noviembre, por la que se establece el precio máximo de los productos sanguíneos para el año 2009. DOGC núm. 5520 - 04/12/2009

#### **EXTREMADURA**

- Decreto 108/2009, de 8 de mayo, por el que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria única de las subvenciones para la realización de obras de accesibilidad y adaptación del hogar de las personas que tengan reconocida la situación de dependencia, financiadas con cargo al Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo. DOE 92, de 15 de mayo de 2009-12-14
- Orden de 17 de junio de 2009, por la que se constituye la lista de enfermedades de declaración obligatoria y su declaración a la red de vigilancia epidemiológica de Extremadura. D.O.E. núm 123, de 19 de junio de 2009
- Decreto 171/2009, de 24 julio. Crea el Consejo Asesor sobre Enfermedades Raras del Sistema Sanitario Público de Extremadura. D.O.E núm. 146 de 30 de julio de 2009
- Orden de 23 de septiembre de 2009, por la que se regulan los requisitos técnico-sanitarios mínimos exigibles a los centros y servicios de Podología en la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. núm. 194 de 7 de octubre de 2009
- Orden de 9 de octubre de 2009 por la que se fijan las cuantías de los conciertos del Plan de Atención Dental Infantil de la Comunidad Au-

- tónoma de Extremadura (PADIEX) para el año 2010. DOE Nº 205, de 23 de octubre de 2009
- Decreto 240/2009, de 13 de noviembre, por el que se regulan los Consejos de Salud de Zona del Sistema Sanitario Público de Extremadura. DOE Nº 224, de 20 de noviembre de 2009

#### **GALICIA**

- Decreto 310/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Sanidad. DOG Nº 109, de 5 junio de 2009
- Orden de 24 de junio de 2009 por la que se aprueba el Plan de inspección de servicios sanitarios para el año 2009 en Galicia. D.O.G núm. 6061 de 21 de julio de 2009
- Orden de 29 de junio de 2009 por la que se crea el Comité Científico del Plan gallego de preparación y respuesta a la pandemia de gripe. DOG Nº 130, de 6 de julio de 2009
- Decreto 429/2009, de 3 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 177/1995, de 16 de junio, por el que se regula la tarjeta sanitaria. DOG 238, de 4 de diciembre de 2009

#### **MADRID**

- Orden 430/2009, de 4 de junio, del Consejero de Sanidad, por la que se garantiza el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a las personas que causen baja en los regímenes de la Seguridad Social por cese en la actividad laboral. B.O.C.M. núm. 132 de 5 de junio de 2009
- Resolución 4/2009, de 21 de mayo, de la Directora General de Atención Primaria, por la que se crea el Comité de Expertos Asesor de Vacunas.
   BOCM Nº 136, de 10 de junio de 2009
- Decreto 65/2009, de 9 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los procedimientos de certificación de las oficinas de farmacia y servicios de farmacia que elaboren fórmulas magistrales y preparados oficinales y de autorización para la elaboración a terceros, y se crea el Registro correspondiente. BOCM, Nº 167 de 16 de julio de 2009
- Orden 629/2009, de 31 de agosto, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de

- los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la red de centros de la Comunidad de Madrid. BOCM Nº 215, de 10 de septiembre de 2009
- Decreto 79/2009, de 10 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se desarrolla el régimen jurídico aplicable al personal emérito del Servicio Madrileño de Salud. BOCM Nº 218, de 14 de septiembre de 2009
- Orden 733/2009, de 16 de octubre, por la que se dictan las normas para la aplicación de la tasa por certificación o por autorización de elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales por parte de las oficinas de farmacia y servicios de farmacia de la Comunidad de Madrid. BOCM Nº 260, de 2 de noviembre de 2009
- Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. núm. 274 de 18 de noviembre de 2009.
- Orden 851/2009, de 30 de noviembre, por la que se crea e l Consejo Asesor de Farmacia de la Comunidad de Madrid. BOCM Nº 286, de 2 de diciembre de 2009

#### **MURCIA**

- Ley 3/2009 de 11 de mayo de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia. B.O.R.M núm. 114 de 20 de mayo de 2009
- Orden de 11 de mayo de 2009 de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se modifica la Orden de 25 de enero de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas del Servicio Murciano de Salud, a personas afectadas de lesión medular. BORM Nº 114, de 20 de mayo de 2009
- Orden de 10 de junio de 2009 de la Consejería de Sanidad y Consumo por la que se concretan los criterios de funcionamiento del sistema de información de nuevas infecciones por VIH (SINIVIH) de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. B.O.R.M núm. 145 de 26 de junio de 2009

- Resolución de 23 julio 2009. Garantiza el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a las personas que, por desempleo o cese en la actividad laboral, causen baja en la seguridad social en Murcia. B.O.R.M núm. 176 de 1 de agosto de 2009,
- Decreto nº 339/2009, de 16 de octubre, por el que se desarrolla el sistema de información y registro de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 224 de 22 de octubre de 2009

#### **NAVARRA**

- Orden Foral 64/2009, de 12 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se garantiza el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales prestados por terceros en centros y establecimientos sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, ante la convocatoria de huelga general. BON Nº 61, de 20 de mayo de 2009
- Orden Foral 71/2009, de 22 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se establecen los requisitos para las autorizaciones de creación, modificación y funcionamiento de los establecimientos de audioprótesis. BON Nº 85, de 10 de julio de 2009
- Decreto Foral 54/2009, de 8 de junio, de desarrollo de la Ley Foral 8/2008, de 30 de mayo, por la que se regula el Sistema de Carrera Profesional del Personal Diplomado Sanitario del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y se aprueba un suplemento de crédito para su financiación. B.O.N núm. 81 de 3 de julio de 2009
- Decreto Foral 43/2009, de 4 de mayo, por el que se establecen la estructura y el currículo del título de Técnico en Emergencias Sanitarias en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra. BON Nº 103, de 2 de agosto de 2009
- Orden Foral 127/2008, de 28 de octubre, de la Consejera de Salud, por la que se constituye el Observatorio de Seguridad de Pacientes en la Comunidad Foral Navarra. B.O.N núm. 142 de 21 de noviembre de 2008, pág. 13076

#### **PAIS VASCO**

- Decreto 579/2009, de 3 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Sanidad y Consumo. BOPV 2009214, de 6 de noviembre de 2009
- Acuerdo de 6 de octubre de 2009, del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, por el que se modifica y desarrolla la Estructura de la Organización Central. BOPV 2009215, de 9 de noviembre de 2009

#### LA RIOJA

- Decreto 32/2009, de 30 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja. B.O.R núm. 81 de 1 de julio de 2009
- Orden 3/2009, de 13 de julio, de la Consejería de Salud por la que se garantiza el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a las personas que causen baja en los regímenes de la seguridad social por cese en la actividad laboral. BOR Nº 88, de 17 de julio de 2009
- Decreto 55/2009, de 17 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios de La Rioja. BOR Nº 88, de 17 de julio de 2009

#### **VALENCIA**

- Orden de 28 de mayo de 2009, del conseller de Sanitat, por la que se actualizan las funciones del Banco de Tejidos y Células de la Comunitat Valenciana. DOCV Nº 6034, de 12 de junio de 2009
- Decreto 83/2009, de 12 de junio, del Consell, por el que se establece el trámite y resolución de los expedientes sancionadores a farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, de acuerdo con las competencias de los actuales órganos de la Conselleria de Sanidad. DOCV 6036, de 16 de junio de 2009

- Decreto 86/2009, de 19 de junio, del Consell, por el que se regula el derecho a la segunda opinión médica en el ámbito del Sistema Sanitario Público Valenciano. D.O.C.V. núm. 6041 de 22 de junio de 2009
- Ley 5/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Creación del Colegio Oficial de Dietistas y Nutricionistas de la Comunitat Valenciana. DOCV 6049, de 3 de julio de 2009
- Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad D.O.C.V núm. 6049 de 3 de julio de 2009
- Decreto 98/2009, de 17 de julio, del Consell, por el que se aprueba la Cartera de Servicios de Salud Pública de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V núm. 6061 de 21 de julio de 2009
- Orden de 29 de julio de 2009, de la Conselleria de Sanidad, por la que desarrolla los derechos de salud de niños y adolescentes en el medio escolar. DOCV Nº 6079, de 14 de agosto de 2009
- Orden de 27 de agosto de 2009, de la Conselleria de Sanidad, por la que se crea y regula la Comisión de Aseguramiento Sanitario de la Conselleria de Sanidad. DOCV Nº 6102, de 15 de septiembre de 2009
- Decreto149/2008, de 25 de septiembre, por el que se regula el convenio de asistencia sanitaria a pacientes privados. DOCV núm. 6112 de 29 de septiembre de 2009
- Decreto 159/2009, de 2 de octubre, del Consell, por el que se establecen las actuaciones de los órganos de la Consellería de sanidad en la prevención y atención de las agresiones a los trabajadores del sector sanitario público de la Generalitat D.O.C.V. núm. 6118 de 7 de octubre de 2009
- Decreto 215/2009, de 27 de noviembre, del Consell, por el que se regulan los Servicios de Atención e Información al Paciente (SAIP). DOCV Nº 6156, de 1 de diciembre de 2009

### JURISPRUDENCIA E INFORMES

#### Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha. (Servicio Jurídico)

#### **DERECHO SANITARIO**

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Nº 282/2009, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009

El Tribunal Supremo aplica en esta sentencia de Pleno los principios y criterios que inspiran la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, y propone como interpretación de la legislación nacional en materia de incapacitación: Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, y la incapacitación una forma de protección, no una medida discriminatoria.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo de 2009

El Supremo estima el recurso de casación formulado por los letrados de la Junta de Castilla y León contra la sentencia del TSJ que anuló varios apartados del art. 9 del Decreto 101/2005 por el que se regula la historia clínica. En esta sentencia, el Supremo considera que el contenido que la norma autonómica establece para la historia clínica confeccionada por profesionales sanitarios del nivel asistencial de Atención Primaria empleando conceptos que no están definidos de ese modo en la Ley 41/2002, sí se corresponde con el contenido mínimo que fija el art. 15 de la Ley de Autonomía del Paciente en contra del criterio de la Sala de instancia; así mismo considera que la enumeración de datos que, pese a formar parte integrante de la historia clínica, pueden ser cumplimentados por el personal administrativo no violenta la Ley 41/2002 ni la LOPD por tratarse de datos de identificación y no derivar de actos médicos.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo contencioso-administrativo, De 11 de mayo de 2009,

El Tribunal Supremo ha rechazado que los Jueces encargados del Registro Civil puedan invocar el

derecho de objeción de conciencia en base a sus creencias religiosas para negarse a celebrar bodas entre personas del mismo sexo. El Supremo, tras analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la objeción de conciencia, concluye que no existe un derecho genérico a objetar, ya que sólo es admisible si la Constitución, las leyes o la Jurisprudencia contemplan dicha posibilidad para cada uno de los casos concretos (por ejemplo, la objeción de conciencia sanitaria ante los casos de aborto que tiene su origen en la STC del 85 sobre la despenalización del aborto)

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Nº 19/2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de enero de 2009

La Sentencia muestra la obligación que asume la Universidad de admitir a una estudiante sorda que cursa estudios universitarios de enfermería en las prácticas correspondientes a una asignatura que debían realizarse en un hospital, sin que sea suficiente el argumento de la Universidad de considerar que no se la puede exigir a que efectúe las modificaciones técnicas necesarias en un hospital que no es de su competencia, pues lo que sí puede y debe hacer es adaptar los criterios de evaluación de la parte práctica de dichas asignaturas.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Nº 505, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de junio 2009

Mediante esta Sentencia se anula el Decreto por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales sobre la base de considerar que:

a) La normativa básica en esta materia está constituida por la legislación sanitaria estatal por tratarse de una actividad sanitaria en los términos que recoge la normativa estatal aprobada en virtud del 149.1.16, sin que se acepten los

argumentos de que se trata de una actividad no sanitaria carente de normativa básica específica.

- Siguiendo la fundamentación del TSJ, el siguiente paso es analizar la concordancia del contenido del referido Decreto con la citada normativa estatal, a saber la Ley General de Sanidad, la LOPS y el RD 1277/03
- c) Conclusión, que la normativa estatal establece que las actividades sanitarias sólo pueden ser ejercitadas por profesionales sanitarios y en los establecimientos sanitarios reconocidos por lo que no procede admitir el Decreto catalán ya que éste lo que hace es reconocer el ejercicio de actividades materialmente sanitarias a profesionales no sanitarios y en establecimientos no sanitarios

En esta sentencia hay voto particular en el que se dice que:

- a) Este decreto no regula título académico o profesional sino un título administrativo para ejercer un oficio.
- b) Estamos en materia sanitaria, aunque en el voto particular discrepan de que la legislación básica sea la referida por la sentencia ya que entienden que no hay absolutamente nada al respecto, y sin que se puedan deducir tales bases de la normativa invocada por el TSJ, ya que la actividad que se regula no se puede considerar estrictamente como sanitaria lo que permite zafarse de las ataduras de la Ley General de Sanidad y de la LOPS, y tampoco pretende autorizar la constitución de establecimientos sanitarios (materia regulada por el RD 1277/03)
- c) El propio Tribunal Supremo ya dijo en relación con este reglamento estatal que lo que éste regula al contemplar la creación de unidades no convencionales es "el ejercicio terapéutico por medios no convencionales atribuyendo a un profesional licenciado en medicinal a responsabilidad de la corrección del tratamiento empleado, sin alterar ni suponer titulaciones o capacidades para el ejercicio de esa terapia no convencional...". Es decir, no presupone necesariamente que la práctica de terapias naturales deba ser exclusivamente en establecimientos sanitarios y a cargo de profesionales sanitarios.

d) En definitiva, no se regula una actividad sanitaria, sino regula el ejercicio de unas actividades como es la naturopatía (no la medicina homeopática ni la medicina basada en la acupuntura) para el fomento de la salud de las personas y su bienestar pero sin afectar el ámbito reservado a los profesionales sanitarios, creando a tal efecto la figura del técnico naturista.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Nº 1908/2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 3 de abril de 2009

El Tribunal Supremo confirma la legalidad de la decisión administrativa adoptada por la Consjería de Sanidad y Bienestar Social de Castilla-León de acordar el desestimiento de la solicitud de autorización de funcionamiento de un laboratorio de análisis clínico por no aportar su titular, licenciado en farmacia, la titulación de especialista en análisis clínicos. A juicio del Supremo el art. 1 del RD 2708/82 deja claro que "para el ejercicio de la profesión de Farmacéutico Especialista en Análisis Clínicos, es exigida la tenecia del oportuno Título Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, y que no es suficente la mera posesión del título de licenciado en farmacia" sin que la anterior afirmación se vea afectada por el hecho de que el citado precepto reglamentario, refiera a continuación "sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Farmacia (...) pues por un lado ese "sin perjuicio" de la norma, no puede dejar sin efecto(...) que los farmacéuticos especialistas para ejercer como tales han de tener el oportuno Título, expedido(...) y por otro, porque esa referencia genérica a las facultades de los licenciados en farmacia, se puede y se debe entender reducida a aquellas que no resultan afectadas por la regulación que el Real Decreto hace...".

Por su interés cabría contraponer esta sentencia con la doctrina fijada por el Supremo con ocasión del análisis del derogado artículo 1 del RD 127/1984 (muy similar en su redacción al mencionado art. 1 del RD 2708/82), cuyo contenido reproduce a su vez el art. 16.3 de la LOPS. Así nuestros Tribunales de Justicia (STS de 5/02/1993, SSTC 137/95 y 24/1996, STSJ-CA de Baleares de 3/01/2002 ó STSJ de Canarias de 12 de mayo de 2005) han señalado que se entienden bien los supuestos incluidos en los que podemos llamar números uno y tres del precepto. En el pri-

mero se incluyen los supuestos de utilización expresa de la denominación de Médico Especialista, que sólo pueden ostentar los que lo posean, mientras que en el tercero se limita al acceso a los puestos de trabajo en Instituciones Públicas o Privadas de Médicos Especialistas a quienes hayan adquirido tal calificación. El problema surge en el apartado segundo: el título de Médico Especialista es obligatorio para ejercer la profesión con tal carácter. Así las cosas, sólo cabe entender, en principio, que el supuesto que se ha incluido en el apartado segundo: la prohibición de ejercer la profesión con tal carácter de Médico Especialista a quienes no lo sean, se refiere al ejercicio habitual referido a la especialidad

Si tenemos presente que la LOPS no ha creado en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista pues la propia Ley se limita a contemplar las funciones de la profesión de farmacéutico guardando absoluto mutismo en lo que se refiere a los cometidos propios y específicos de cada una de las diferentes especialidades, sin establecer por tanto de forma clara la exclusividad del ejercicio de la especialidad con relación en este caso, a los farmacéuticos no especialistas. Por todo ello resulta curioso que en esta sentencia el Supremo considere que las funciones propias de cualquier profesión sanitaria titulada deben, por tanto, quedar reducidas a las que no se vean afectadas por la regulación que de la correspondiente especialidad lleve a cabo la norma reglamentaria en cuestión.

#### **FARMACIA**

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 19 DE MAYO DE 2009. ASUNTO C-171/07 y C-172/07

El principio de exclusión de los no farmacéuticos de las oficinas de farmacia, choca con el marco normativo comunitario ya que se erige en un obstáculo a la aplicación de la libertad comunitaria antes citada, pues no en vano, en virtud de este principio que reserva la explotación de las farmacias exclusivamente a los farmacéuticos, se priva a los demás operadores económicos el acceso a dicha actividad por cuenta propia en el Estado miembro.

Lo que sucede es que dicho esto, el propio Tribunal considera que en este caso (medicamentos) se

puede entender que concurren razones de interés general que pueden justificar estas restricciones. sin que por ello se considere que esta doctrina resulta contradictoria con la sentada por este mismo tribunal en el caso de los establecimientos de óptica. En este último caso se consideró inadmisible que la legislación helena supedite la titularidad de una óptica por parte de una persona jurídica a una serie de requisitos que sí vulneran la sacralizada libertad comunitaria. La explicación al por qué en un caso sí procede la adopción de medidas restrictivas (medicamentos) y en otro caso (ópticos) no procede, estriba en que "A diferencia de los productos de óptica, los medicamentos prescritos o utilizados por motivos terapéuticos pueden, no obstante, resultar gravemente perjudiciales para la salud si se consumen innecesaria o incorrectamente, sin que el consumidor pueda advertirlo durante su administración. Además, la venta de medicamentos sin justificación médica supone un derroche de recursos financieros públicos que no es comparable con el que resulta de la venta injustificada de productos de óptica"

#### **PERSONAL**

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Nº 1624/2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 25 de marzo de 2009

El Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Médico de Cantabria en un asunto en el que se trata de dilucidar la legalidad del Acuerdo sobre Jornada de Trabajo del Personal de Instituciones Sanitarias en la medida que pueda suponer una vulneración del artículo 55 del EM. El Supremo advierte que no hemos de confundir los conceptos de período nocturno y personal nocturno (que se definen en el art. 46 del EM) con el concepto de turno nocturno que recoge el Acuerdo en cuestión. Las definiciones de lo que hemos de entender por "período nocturno" y "personal nocturno" que fija el art. 46 se deben tener en cuenta pero a los efectos de garantizar la debida aplicación de las reglas que contiene el art. 55 del EM sobre seguridad y salud del personal, pero no determinan cual debe ser la jornada anual que corresponda realizar al personal nocturno, va que para eso están los acuerdos y pactos.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA – LA MAN-CHA, Nº 120/2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2009

Esta Sentencia analiza la significación y naturaleza iurídica de los procesos internos de redistribución de efectivos que tienen lugar en los hospitales. para a continuación advertir que nada se opone a que aún no tratándose en puridad de procesos concursales de promoción interna regidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad, la administración decida someterse a ciertas bases surgidas de pactos sindicales. Este es el caso enjuiciado, la actuación de la Gerencia del Hospital de Guadalajara es objeto de crítica no por haberse separado de las bases negociadas con las organizaciones sindicales, sino por la aplicación de unas bases contrarias al principio de legalidad y control de constitucionalidad por valorar más los servicios prestados en el seno del Hospital que los servicios en otros hospitales del SNS, sin que exista justificación alguna.

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Nº 2618/2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27 de octubre de 2008

Mediante esta Sentencia se confirma el derecho de los diplomados en enfermería, que prestan sus servicios como funcionarios o personal laboral en el ámbito del servicio Andaluz de salud, a la baja colegial en el Colegio Oficial de Enfermería aunque continúen prestando sus servicios en la Administración (Aplicación de la doctrina contenida en Sentencia de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2003). Aunque el principio de colegiación obligatoria deriva de la Constitución.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo social, de 24 de junio de 2009

El Tribunal Supremo rectifica la doctrina sentada en sentencias de 3 de octubre y 20 de diciembre de 2007, por efecto de la Sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009.

El cambio de doctrina que realiza el TS se fundamenta en una serie de afirmaciones que realiza el TJCE en la Sentencia anteriormente « extendiendo a la baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad por la STJCE 18/Marzo/2004 [Asunto Merino Gómez], y afir-

mando al efecto que «... la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa. Y es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual»

# SENTENCIA de 16 de febrero de 2007 Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº2 de Palma de Mallorca y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 18 de junio de 2009

La sentencia recurrida en casación en interés de lev anula la sanción disciplinaria impuesta por la titular de la Consejería de Salud y Consumo de dicha Comunidad Autónoma por delegación del Conseiero de Interior, a un trabajador, personal estatutario del Servicio de Salud de las Islas Baleares. El juzgador entiende que la competencia para sancionar al personal estatutario del Servicio de Salud no la tiene atribuida el Consejero de Interior, sino el Servicio de Salud en el que el interesado se encuentre prestando servicios en el momento de la comisión de la falta. Por el contrario el Letrado del Servicio de Salud considera que el art. 71 del EM no exige que la competencia para sancionar al personal estatutario deba ser ejercida por el Gerente del Servicio de Salud ya que el mencionado precepto utiliza un concepto amplio de "Servicio de Salud". El Tribunal Supremo no entra a conocer del fondo del asunto y desestima el recurso por no haber quedado justificado el cumplimiento del requisito de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida sea gravemente dañosa para el interés general.

No obstante, el juzgado de lo contencioso nº 1 de Palma de Mallorca en sentencia de 19 de septiembre de 2008, señala que "el procedimiento sancionador que debe tramitarse contra ese personal estatutario según los ilícitos administrativos recogidos en esa normativa específica, se tramitarán conforme indica el art. 74 mediante el procedimiento correspondiente de la administración pública correspondiente, y esa administración es la Comunidad Autónoma de les Illes Balears en este territorio, la cual tiene su propia normativa en cuanto al derecho administrativo sancionador (...) que atribuye la competencia sancionadora de las faltas con la calificación de graves o muy graves al Conseller de la Funció Pública."

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de mayo 2009

Sentencia sobre la legalidad del Decreto de La Rioja regulador del procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del servicio riojano de la salud, de los funcionarios de carrera v personal laboral de la administración de dicha comunidad autónoma. El art. 3 del referido Decreto contempla un procedimiento indirecto de integración, que a juicio del Tribunal Supremo no contraviene lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la ahora derogada ley 30/1999. En efecto, la citada disposición (el testigo lo recoge ahora la da 5º del EM), permite que se establezca un proceso extraordinario en el que todo el personal que quiera pueda cambiar su régimen jurídico, pero la Ley no impide que se puedan establecer otros procedimientos como el que recoge el precepto reglamentario al permitir que los puestos de personal estatutario queden abiertos a personal funcionario, que de ganar el concurso adquiriría la condición de personal estatutario, v sin que tal medida suponga una restricción en la movilidad y promoción profesional de aquellos funcionarios que no deseen participar en tales concursos.

### TRIBUNAL SUPREMO, Auto de 2 de julio de 2009

Auto del Tribunal Supremo que ratifica la equiparación a efectos procesales (admisión del recurso de casación interpuesto por personal estatutario de un Servicio de Salud en las cuestiones que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio) entre personal funcionario de carrera y el personal estatutario, concretamente en un caso en el que la pretensión discutida giraba en torno a la improcedencia de la solicitud de prolongación de actividad en el servicio activo del recurrente, personal estatutario fijo.

En palabras textuales del Tribunal Supremo "la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha puesto de relieve que, aunque siguen existiendo diferencias entre el funcionario de carrera y el personal estatutario fijo, no hay justificación para excluir a este último personal del acceso al recurso de casación en las mismas condiciones que el funcionario de carrera".

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 23 de abril de 2009

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de abril de 2009, declara el derecho a la licencia retribuida a familiares hasta el segundo grado por consanguinidad en el caso de hospitalización de la parturienta porque ahora entiende que "la ley y el convenio colectivo hablan de "hospitalización", sin distinguir entre las causas que la motivan (...). Consecuentemente, no podemos distinguir la hospitalización por enfermedad de la hospitalización por parto. Si hospitalizar es internar a una persona en un hospital para que reciba la asistencia médicosanitaria que precisa, no cabe duda que ese es el fin del ingreso hospitalario de la mujer que va a dar a luz sin más condicionante que la justificación de la hospitalización y sin tener que indicar el motivo de ésta.

Esta Sentencia contradice la doctrina establecida con anterioridad por el Alto Tribunal en **Sentencia** de 24 de julio de 2008. En dicha sentencia el Tribunal Supremo afirmaba que "el alcance de tales permisos no se extiende a los supuestos de parto que hayan requerido la hospitalización de la madre por considerar que hacer esa separación artificial entre parto y parto atendido en hospital, es desconocer que en nuestro actual sistema sanitario la práctica totalidad de los partos se atienden en clínicas v hospitales; v consiguientemente sería introducir por esa vía indirecta el nacimiento de hijo de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad entre los motivos que dan derecho a permiso, cuando la Lev solo lo otorga si se trata de un hijo del propio trabajador. Desde el punto de vista gramatical el término hospitalización está reservado para los casos de ingreso por accidente o enfermedad, sin que el parto, entendido como la fase final de un proceso natural pueda equipararse a un proceso patológico

#### <u>DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROTEC</u>-CIÓN DE DATOS

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITU-CIONAL, nº 70/2009, de 23 de marzo de 2009

El TC conoce del recurso de amparo interpuesto por un profesor de enseñanza secundaria al que se le ha jubilado por incapacidad permanente en base a dos informes médicos que cayeron en poder de la Inspección Médica de la Delegación Provincial v en los que se hacía constar que el interesado padecía trastornos psíquicos desde 1990. La cuestión de fondo es ¿se puede jubilar a un profesional en base a los datos aportados por informes médicos elaborados por su psiquiatra privado a los que ha tenido acceso la Inspección Médica sin el consentimiento del propio interesado? ¿Cabría aducir, como hace la representación letrada de la Comunidad Autónoma, que esta intromisión en la esfera de la intimidad del funcionario se puede justificar en que el acceso por la Inspección ha tenido lugar "en el ejercicio de su funciones" y la concurrencia de "cualesquiera otras razones de carácter excepcional que respondan un interés legítimo susceptible de protección y estar convenientemente motivadas"?

Para el TC "La regulación legal reproducida no resulta suficiente para afirmar la constitucionalidad de la medida restrictiva de la intimidad porque falta en sus preceptos una determinación suficiente de los supuestos y los requisitos de la restricción. Ciertamente los preceptos citados se refieren al acceso posible a datos médicos de los administrados por parte de «la inspección sanitaria en el ejercicio de sus funciones» y, en el apartado invocado por la Sentencia, excepcionalmente, en otros supuestos en atención a «intereses legítimos». Sin embargo, es patente que estas previsiones normativas no alcanzan a constituir una regulación legal suficiente de la restricción discutida de la intimidad, en la medida en que no precisan mínimamente qué funciones son las referidas, cuáles son esos supuestos excepcionales que permiten la intervención, qué intereses legítimos son los que la justifican ni, más allá de la motivación, de qué otros requisitos ha de rodearse la actuación administrativa"

#### Cambio de criterio en relación con la concesión de nóminas: Informe de la Agencia Española de Protección de Datos

Cambio de criterio de la AEPD en relación con la cesión de nóminas y TC 2 de trabajadores de la empresa subcontratista a la empresa principal. Con anterioridad la Agencia estimaba que estos documentos, en los que se contienen datos personales especialmente protegidos como son los de afiliación sindical y datos de salud, no podían ser cedidos sin el consentimiento de los interesados. Ahora, en el informe jurídico 041/2009 se contempla que dicha cesión es factible ya que el Estatuto de los Trabajadores impone un deber al empresario principal (el deber no es otro que la responsabilidad solidaria que recae sobre el empresario principal durante el año siguiente a la terminación de la contrata de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata), y por tanto la comunicación de las nóminas y los TC2 resulta conforme con la Ley Orgánica 15/1999 y el Reglamento de desarrolla, pues se trata de su un supuesto expresamente previsto en una norma con rango de Ley.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Nº 87/2009, de 5 de febrero de 2009

En el curso de una investigación dirigida a esclarecer la posible comisión de un delito de aborto, la Guardia Civil, en su condición de Policía Judicial y con el fin de determinar la veracidad del aborto practicado se dirige al Jefe de Urgencias del Hospital y solicita que examine a la mujer. El Tribunal Supremo establece que la Policía Judicial puede acordar la práctica de pruebas periciales pero siempre limitadas a las diligencias de investigación y recogida de efectos.

#### RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

#### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIO-NAL, de 17 de junio de 2009

La naturaleza jurídica de las Mutuas de AT/EP cobra especial protagonismo en este caso enjuiciado por la

Audiencia Nacional sobre la desestimación por el Ministerio de Trabajo de la reclamación interpuesta por el periudicado por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP. La Sala, invocando la doctrina del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica de la Mutua (entidad privada) v la exclusión de la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para estos supuestos. concluye que el Ministerio no puede en modo alguno asumir la responsabilidad de la prestación asistencial realizada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP, sin que quepa argüir en contra, la estrecha vinculación que presentan estas entidades con el Ministerio en virtud de la relación de tutela a la que se refiere el art. 71 del RD-Legislativo 1/1994. En efecto, la lectura del citado precepto legal permite colegir que entre las facultades que ostenta el Ministerio de Trabajo no figura que sea responsable del seguimiento de la calidad de la prestación sanitaria ni de la actuación de los profesionales contratados por la Mutua, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

## SENTENCIA DEL TRIBUNA SUPREMO, de 25 de junio de 2009

Colisión del derecho a la libertad religiosa y el ejercicio legítimo de la profesión sanitaria dentro de los parámetros de la lex artis. En el caso en cuestión se plantea el derecho de un testigo de Jehová a ser reintegrado por el Servicio de Salud Catalán de los gastos ocasionados por tener que acudir a la Medicina Privada tras rechazar la intervención quirúrgica propuesta en el centro sanitario público ya que podría precisar una eventual transfusión de sangre. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación para unificación de doctrina ya que no concurren los presupuestos para reconocer dicho derecho al interesado. En este caso ni existía en el hospital la técnica que el particular sugirió practicar ni tampoco había unanimidad en cuanto a la bondad de la misma para el tratamiento de su dolencia.

#### **CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO**

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 19 DE MAYO DE 2009. ASUNTO C-538/07

Mediante un anuncio de licitación de 30 de septiembre de 2003, la Camera di Commercio, Indus-

tria, Artigianato e Agricoltura di Milano inició un procedimiento abierto de adjudicación con el objetivo de adjudicar, sobre la base del criterio del precio más reducido posible, el servicio de correo. Tras examinar los documentos presentados por los interesados, fueron admitidas a participar en la licitación a dos empresas y una tercera solicitó la exclusión de ambas del procedimiento de licitación, debido a los vínculos existentes entre dichas sociedades, posibilidad que aunque no está prevista en la Directiva comunitaria, sí lo está en el Derecho Italiano (la posibilidad de que el derecho nacional complete el listado de causas de exclusión del artículo 29 de la directiva es viable).

Pues bien, el Tribunal en primer lugar hace mención a la jurisprudencia sobre este tema "basada en una presunción iuris et de iure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores"

A continuación, sobre la base de la jurisprudencia anterior y tras un análisis de los principios esenciales que inspiran la contratación en el ámbito del sector público, establece que "la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos"

Y añade a modo de conclusión que "<u>el Derecho</u> <u>comunitario se opone a una disposición nacional</u> <u>que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí,</u>

## sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación

No cabe obviar la repercusión que la referida sentencia puede tener en nuestro Derecho interno. La anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tan solo llegaba a decir, de forma tangencial y con ocasión de la aplicación del régimen de bajas temerarias que "a los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen" (curiosamente el artículo 79 de la anterior ley que versa sobre las proposiciones de los interesados, nada dice al respecto).

En cambio, el art. 129 de la LCSP establece que "En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el art. 136.

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio". (Por cierto, habría que ver si los parámetros que establece el Cco al respecto coinciden o no con lo que dice la Directiva 18/2004 de 31 marzo 2004 en su art. 63.2)

La Sentencia del TJUE aplica la anterior directiva comunitaria sobre contratos de servicios (no la actual), lo que no obsta para que deba ser tomada en consideración sobre todo porque la nueva directiva tampoco dice nada al respecto pues su artículo 45 (que es el versa sobre los criterios de selección cualitativa), no incorpora nada similar a lo que dice nuestro derecho interno.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 9 de junio de 2009, Asunto: 480/06

Sentencia de gran interés porque rompe una lanza a favor del establecimiento de mecanismos de cooperación interadministrativa al margen de la normativa de contratación. En el caso enjuiciado, la Comisión impugnó el acuerdo alcanzado entre varios entes locales del Estado de Sajonia (Alemania) para la prestación de servicios de eliminación de residuos. El Tribunal, tras analizar nuevamente la doctrina "in house providing" recogida entre otras en la famosa sentencia del TJUE "Teckal", concluye que si bien es cierto que los requisitos exigidos para apreciar su concurrencia no se dan en el caso en cuestión, en cambio no procede estimar el recurso de la Comisión ya que:

- a) Una Autoridad Pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras Autoridades Públicas.
- el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las Autoridades Públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre Autoridades Públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51).

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 14 de febrero de 2008. Asunto: 450/06.

El TJUE resalta la importancia de respetar por la Administración el carácter confidencial de la información aportada por uno de los licitadores en el marco de un procedimiento de contratación, y de conciliar en vía de recurso el principio de contradicción con el respecto al este otro principio hasta el punto de señalar que el mencionado "principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trata que haya sido presentada ante el organismo responsable del recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, de 15 de octubre de 2009,

Esta Sentencia es muy interesante y vuelve a incidir sobre lo que ya se ha pronunciado en alguna otra ocasión este mismo Tribunal. En concreto la adjudicación de la explotación de un servicio público a una empresa mixta con participación en su capital social de un socio privado. Como va es sabido, en estos casos y con arreglo a la Jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores. Sin embargo el TJUE entiende que es posible solucionar este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias establecidas por la Jurisprudencia comunitaria, es decir atendiendo no solo a criterios de capital que aporta, sino valorando también su capacidad técnica y características de la oferta.

Recientemente la JCCA en su Informe 12/09 de la JCCA sobre la formalización vía convenio y con aplicación de la figura de la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992 con una sociedad mercantil cuyo capital no corresponde íntegramente al sector público, para la gestión de las aguas, ha analizado esta misma cuestión.

El Informe en un primer momento descarta la aplicación de **la doctrina de los medios propios** (doctrina Teckal decepcionada en la LCSP en el art. 24) ya que esta doctrina en nuestro derecho interno queda circunscrita a los contratos de obras, servicios y suministros pero no así a los <u>contratos de gestión de servicios públicos</u> (no puede ser de otra manera ya que

estos contratos no existen como tal en el derecho comunitario), luego por tanto la vía para solucionar la consulta la canaliza por el art. 15 de la Ley 30/1992 sobre la encomienda de gestión.

Acto seguido analiza si resulta factible encomendar por la vía del art. 15 de la ley 30/1992 la explotación de un servicio público a una entidad que reviste forma jurídico-privada y contesta que no, y a tal efecto dice literalmente que "a los efectos de determinar si es o no aplicable la legislación de contratos del sector público resulta irrelevante el hecho de que el capital social de la entidad esté o no participado en su totalidad por una administración pública, toda vez que el artículo 15 de la ley 30/1992 no vincula la exigencia de aplicación de la normativa de contratos públicos al hecho de que el ente tenga o no participación mayoritaria o totalmente pública, sino a la circunstancia de que su naturaleza sea de ente público o jurídico privado".

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo contencioso-administrativo, de 13 de mayo de 2009,

Contrato de gestión de servicio público de comidas para enfermos hospitalizados en cuyo pliego se contempla que la sustitución del personal de plantilla del hospital que éste aporta para la gestión de este servicio por la adjudicataria, en los casos de vacaciones...se efectuará con personal de la contrata.

El TS considera, frente al criterio del sindicato recurrente, que no hay inconveniente alguno ya que entre las obligaciones que contrae la concesionaria se encuentra la de contratar la personal preciso para ello, y las sustituciones en cuestión se producen en el marco de una relación contractual administrativa sin que por ello se vea afectada de una parte la relación que el personal cedido mantiene con la Administración (que no puede alterarse puesto que la única dependencia en relación con la concesionaria se refiere al modo de prestar el servicio) ni que el personal a través del cual se cubran las referidas sustituciones adquiera por ello vinculación de ningún tipo con la Administración, sino solo con la concesionaria.

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA – LA MANCHA, Nº 971/2009, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2009.

Sentencia mediante la cual se condena a la Administración que responde solidariamente junto con

la empresa por los incumplimientos de la legislación laboral protagonizados por la adjudicataria del servicio de comidas del Hospital. El artículo 42 del TRETT y la expresión "propia actividad" (sobrel a que ya se pronunció en una sentencia anterior el TSJ de Navarra sobre la responsabilidad de la Administración en un servicio de transporte sanitario que estaba concertado con una empresa.)

Pues bien, en este caso el TSJ recurre al mismo planteamiento que su homólogo navarro y considera que el servicio de comidas de un hospital debe ser considerado como una actividad propia inherente al servicio principal prestado (la prestación sanitaria). A tal efecto establece una interesante distinción entre el servicio de comidas que tiene como destinatarios a los pacientes ingresados respecto del servicio de restauración en la cafetería del hospital.

Los argumentos que emplea son:

- a) Esta actividad merece la consideración de actividad clínica
- El régimen de comidas está pautado y controlado por los servicios médicos, y de hecho muchos de los medicamentos que se dispensan a los pacientes se realizan de forma simultánea con las comidas
- c) No es factible imaginar que un Hospital se pueda quedar sin servicio de comidas. Es un servicio que integra el propio servicio público que se ofrece, y como tal gratuito.

La consecuencia desde el punto de vista de la calificación administrativo del contrato es manifiesta, en estos casos estaremos en presencia de un contrato de gestión de servicio público en lugar de un contrato administrativo de servicios.

#### SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de junio de 2009

La impugnación jurisdiccional de actuaciones administrativas en materia de contratación por alguno de los componentes de una Unión Temporal de Empresas, resulta perfectamente admisible en derecho siempre que no exista disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal. Por el contrario, la existencia de oposición de los restantes miembros a la interposición de cualquier tipo de recurso en vía jurisdiccional, impide que se pueda reconocer legitimación activa a alguno de

los partícipes. Esta es la doctrina que invoca nuestro Alto Tribunal para declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los miembros de una UTE que no resultó adjudicataria del concurso para la adjudicación del contrato de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto y dirección de obra del Hospital Universitario Central de Asturias, ya que queda en el caso objeto de enjuiciamiento la otra empresa componente de la UTE renunció anticipadamente al ejercicio de cualquier acción judicial.

El Supremo entiende que con este fallo no se vulnera la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de los integrantes.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITU-CIONAL nº 183/2009, de 7 de septiembre de 2009

Los sindicatos carecen de interés legítimo para impugnar la adjudicación de un concurso público para la contratación de apoyo técnico con el fin de cubrir las necesidades de asistencia técnico-administrativa en relación con la clasificación, análisis y tratamiento de documentos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid y posteriormente el Tribunal Supremo consideraron que los intereses del sindicato no se ven afectados por el hecho de que la adjudicación del contrato recaiga en una u otra empresa. El Tribunal Constitucional confirma el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, debido a la falta de vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto procesal. Al no haberse impugnado la convocatoria en su momento para discutir sobre la conveniencia o no de tomar la decisión de externalizar un determinado servicio, no se podían hacer valer en el recurso contra la adjudicación quejas relativas a la convocatoria del contrato, de modo que la estimación del recurso contra la adjudicación en realidad no le produciría una ventaja ni le evitaría un perjuicio futuro.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2009

Analiza el supuesto de un concurso para suministrar radiofármacos y prestar servicios de gestión de residuos en hospitales públicos. A la finalización del primer contrato le sucede un segundo contrato administrativo del que resulta adjudicataria otra empresa diferente, y es en ese momento cuando se plantea el tema de fondo, la eventual sucesión de empresa con las consabidas repercusiones en las relaciones laborales.

El Tribunal Supremo afirma que "En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, debe ponerse de relieve que la actividad a la que se dedica la empresa -suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos- es una actividad que, aun teniendo en cuenta la enorme relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, no descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes, lo que determinaría que la mera asunción por la nueva adjudicataria de la concesión de un número relevante de trabajadores de la anterior, y la continuación de la actividad, no supondría por si sólo la existencia de sucesión empresarial. Ocurre, sin embargo, que además de estos dos elementos concurre un tercero de capital importancia, cual es la transmisión de elementos patrimoniales, consistentes, como ya se razonó en el fundamento anterior, en el local e instrumentos correspondientes para la prestación del servicio, que era propiedad del SAS, así como el stock de fármacos que por pago de amortización adquirió la nueva adjudicataria, lo que conduce a concluir que estamos ante el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores." En definitiva, para los casos en que se trate de sectores en los que la actividad no descanse fundamentalmente sobre la mano de obra, para determinar si estamos en presencia o no de la figura de sucesión empresarial lo verdaderamente determinante será si se ha operado la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para el correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial.

## Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009

Esta Sentencia es muy interesante y vuelve a incidir sobre lo que ya se ha pronunciado en alguna otra ocasión este mismo Tribunal. En concreto la adjudicación de la explotación de un servicio público a una empresa mixta con participación en su capital social de un socio privado. Como ya es sabido, en estos casos y con arreglo a la Jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores. Sin embargo el TJUE entiende que es posible solucionar este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias establecidas por la Jurisprudencia comunitaria, es decir atendiendo no solo a criterios de capital que aporta, sino valorando también su capacidad técnica y características de la oferta. A juicio del TJUE:

"En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas —como la que se examina en el litigio principal— a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado".

En relación con la adjudicación de contratos a sociedades de economía mixta, también resulta de interés la lectura de la STJUE de 10 de septiembre de 2009 en la que se plantea la cuestión de si una entidad adjudicadora puede ejercer sobre una sociedad de la que es accionista, con la que pretende celebrar un contrato, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios en el caso de que exista la posibilidad de que entren inversores privados en el capital de la sociedad en cuestión. El Tribunal considera que en estos casos, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública. No obstante en el supuesto en que se hubiera adjudicado el contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público en tales condiciones, el hecho de que posteriormente se admita la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que sí que necesitaría de convocatoria de licitación.

#### PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de mayo de 2009

Sentencia del TS en la que analiza la posibilidad de que la administración pueda rechazar una petición de revisión del oficio por silencio administrativo. El Supremo nos dice que el rechazo tácito de una solicitud de revisión de oficio por parte de la Administración sólo es posible para supuestos excepcionales en los que la solicitud no se ajusta de manera manifiesta a los términos contemplados en el propio artículo 102 de la Ley 30/1992. Asimismo en el supuesto de interponer recurso contencioso contra la desestimación presunta de la solicitud de inicio de expediente de revisión de oficio, la estimación de dicho recurso sólo puede conducir a declarar la obligación de la administración de tramitar el procedimiento de revisión pero en modo alguno pronunciarse sobre el fondo del asunto salvo en los supuestos en que la evidencia "prima facie" de una causa de nulidad radical y absoluta pueda aconsejar que el tribunal se pronuncie sobre la validez del acto en cuestión.

#### **DOCUMENTOS DE INTERÉS**

PREMIOS CENTRO DE ESTUDIOS FINAN-CIEROS EDICIÓN 2009. REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS FINANCIEROS.

Derecho Constitucional y Administrativo. PRIMER PREMIO al trabajo titulado: Estado autonómico y desigualdades en el sistema nacional de salud. Autor/es: David Larios Risco y Vicente Lomas Hernández

Este trabajo de investigación analiza las políticas autonómicas que se han venido realizando en materia sanitaria tras la culminación del proceso transferencial (derechos y garantías de los ciudadanos, prestaciones sanitarias, configuración y estructura del SNS y recursos humanos). Pese a los esfuerzos legislativos por contener el efecto centrífugo y disgregador que las políticas autonómicas pudieran provocar en este ámbito, y evitar las distorsiones en lo que debiera ser el funcionamiento armónico y solidario del Sistema Nacional de Salud, la realidad se empecina en mostrarnos la fragilidad del Sistema a todos los

niveles, tanto desde el punto de vista de su estructura y funcionamiento (ejemplificada en la inoperatividad del Consejo Interterritorial), como financiero, agravado en este último caso por las insuficiencias del modelo de financiación y las carencias del Fondo de Cohesión para compensar los desequilibrios en el gasto por asistencia prestada a pacientes procedentes de otras Comunidades.

Se puede consultar en la Revista Jurídica del CEF.

COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN AD-MINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. INFORMES 2/2009 Y 3/2009, DE 28 MAYO DE 2009

### Extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público

Los informes elaborados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña analizan la consideración que merece a los ojos de la Ley 30/2007, las mutualidades de previsión social, de las órdenes religiosas, de las fundaciones privadas y de las sociedades mercantiles de capital privado, que forman parte de la red de utilización, pública hospitalaria, de salud mental v sociosanitaria. La conclusión es que a partir del estudio combinado de la Ley y del criterio jurisprudencial del TJUE sobre qué se ha de entender por poder adjudicador – organismo público a estos efectos, los referidos entes no forman parte del sector público, sin perjuicio de que les pueda ser de aplicación la ley en casos puntuales como los supuestos en que resulten adjudicatarias de contratos subvencionados para la construcción de hospitales, o en los casos en que sean adjudicatarios de contratos de concesión de obra pública según el art. 250. Según estos informes nos encontramos ante entidades que se encuentran en el extrarradio de la Ley y que no podemos subsumir dentro del supuesto descrito en el art. 3.1 h) de la Ley. http://www10.gencat.net

#### JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. INFORME Nº 41/2008, DE 2 DE DICIEMBRE

¿Es necesario el visado de colegios profesionales y son vinculantes las tarifas oficiales en la redacción de proyectos?

La Junta Consultiva mantiene el criterio establecido en informes anteriores, en el sentido de que en los proyectos de obras elaborados para las Administraciones Públicos no es exigible el visado por el Colegio Profesional correspondiente, siendo bastante, a estos efectos, la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente. <a href="http://www.meh.es">http://www.meh.es</a>

#### INFORME DE LA AGENCIA DE PROTEC-CIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

#### El tratamiento de datos de salud en ámbitos diferentes al sanitario resulta legítimo siempre que sea expresamente consentido

En esta Resolución la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha archivado una denuncia presentada por un particular frente al Ayuntamiento de Madrid por el acceso a datos de salud durante un proceso de selección para ocupar un puesto de trabajo. El interesado optaba a un puesto de trabajo y entregó la documentación como el resto de los candidatos. El problema es que el interesado estaba jubilado por incapacidad como policía, y cuando el Ayuntamiento se dio cuenta de ello le solicitó que antes de firmar el contrato les hiciera entrega del dictamen médico del INSS. El interesado aportó este certificado, y a consecuencia del mismo perdió toda opción de quedarse con la plaza de socorrista, lo que a su juicio constituye una clara discriminación y un uso ilegal de los datos sanitarios.

En conclusión, el tratamiento de datos de salud fuera del ámbito sanitario exige el consentimiento expreso del afectado y la solicitud de los mismos tiene que responder a la finalidad para la que fueron recogidos, extremos ambos que concurrían en este caso (la entrega voluntaria de la documentación podría equipararse al consentimiento, y la petición formulada por el Ayuntamiento totalmente proporcionada teniendo en cuenta la finalidad y características del puesto de trabajo). http://www.madrid.org

## RESOLUCIÓN: R/00485/2009, DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, DE 16 DE MARZO DE 2009.

Resolución que declara la comisión por la Gerencia de Atención Primaria 061 de las IB de una infracción de la LOPD tipificada como muy grave por facilitar a una Central Sindical datos personales de los trabajadores de la Gerencia para el envío de propaganda electoral. En este caso en la infor-

mación suministrada al sindicato se había incluido el piso y letra del domicilio de los trabajadores, datos personales que no recoge el RD 1844/1994 sobre censo laboral del reglamento de elecciones a órganos de representación como pertinentes para esta finalidad, por lo que hubiese sido preciso disponer de la autorización de los afectados, y sin que quepa oponer la excepción de que se trata de datos provenientes de fuentes de acceso público como pudieran ser los repertorios telefónicos. En este sentido, la Agencia precisa que este tipo de datos desde el 5 de abril de 2002, fecha de entrada en vigor de la Orden de 26 de marzo de 2002, han perdido la consideración de fuentes de acceso público. https://www.agpd.es

En relación con este mismo asunto la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado recientemente sobre una denuncia relativa al envío a los trabajadores de un hospital, de correspondencia de una mutua comunicando la apertura de una oficina comercial y ofreciendo diferentes productos. El Hospital, que mantiene una línea de colaboración con la Mutua, utilizó los datos procedentes del fichero "Gestión de Personal" para una finalidad distinta de aquella para la que han sido recogidos (art. 4.2 de la LOPD), citando en apoyo de esta interpretación la SAN de 11 de noviembre de 2004.

La segunda de las infracciones cometidas por la Gerencia guarda relación con la trasgresión del artículo 11.1. de la LOPD que establece que, para que exista la posibilidad de cesión de datos, es necesario que los afectados consientan en que ésta se efectúe. En el caso analizado, el hospital argumentó que los datos facilitados a la Mutua son susceptibles de ser calificados como procedentes de "fuentes de acceso público" argumento que se sustenta de una parte en que el EM en su art. 19 establece la obligación de los trabajadores a ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del SNS, y de otra, en base a la obligación de publicar en los tablones de anuncios del Hospital de las cantidades percibidas por cada trabajador en concepto de productividad, al igual que el listado de censo electoral.

Sin embargo, a juicio de la Agencia, estas publicaciones no legitiman en modo alguno el tratamiento de los datos para ninguna otra finalidad, amén de que el art. 3.j de la LOPD es taxativo a la hora de determinar cuáles son las fuentes accesibles al público, sin que figuren ni los listados en los que se publican las cantidades percibidas en concepto de productividad, ni el censo electoral de los trabajadores.

Por todo lo anterior, la APD declara que el hospital ha incurrido en dos infracciones de la normativa sobre protección de datos de carácter personal: la utilización de datos de carácter personal para finalidades incompatibles con aquéllas para las que han sido recogidos, y la comunicación de esos datos sin contar con el consentimiento de los interesados.

#### LA EXTERNALIZACIÓN COMO VALOR PARA EL DESARROLLO Y CONSOLIDA-CIÓN DEL SNS

Este trabajo reflexiona sobre las posibles consecuencias que determinadas iniciativas de política sanitaria tendentes a la externalización y/o privatización de centros sanitarios, servicios y procesos nucleares, así como conocimientos operacionales especializados, pudieran tener sobre los microsistemas clínicos, las competencias esenciales de la organización, los modelos de experiencia y aprendizaje en comunidades de prácticas profesionales, el acervo cultural y ético de servicio público, así como en el capital intelectual y social de la organización. http://external.doyma.es

#### DOCUMENTO SOBRE LA LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO EN LAS UNIDADES DE NEONATOLOGÍA.

El Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret presenta un documento de opinión con la voluntad de intervenir en el debate sobre la limitación del esfuerzo terapéutico en el caso de recién nacidos prematuros o bien con enfermedades muy graves, con el fin de que la ciudadanía, las personas más directamente implicadas (padres y profesionales sanitarios que atienen a estos recién nacidos) y las sociedades científicas correspondientes, se involucren en el debate social informado que este documento quiere propiciar http://www.pcb.ub.es/

## PORTAL DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS DE LA SALUD.

En el mismo podréis encontrar información sobre convocatorias y ayudas, recursos (centros, grupos, investigadores, equipamiento y comités éticos), actividad investigadora en Castilla-La Mancha (proyectos de investigación, indicadores de activi-

dad investigadora), resultados de investigación (indicadores de producción científica, publicaciones, patentes), formación y apoyo metodológico (oferta formativa, bibliografía, recursos), así como acceso a otras páginas de interés (museo de la sanidad, enlaces, ofertas de trabajo, eventos, etc.). <a href="http://pid.ics.jccm.es/default.aspx">http://pid.ics.jccm.es/default.aspx</a>

#### EL CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA DE ESPAÑA PRESENTA EL INFORME Y LAS CONCLUSIONES DE LA INVESTIGA-CIÓN QUE HA LLEVADO A CABO POR LA MUERTE DEL BEBÉ RAYAN

El informe, tras analizar de forma sucinta pero rigurosa cuestiones tales como la formación de los profesionales de enfermería en nuestro Ordenamiento, competencias profesionales y la complejidad que requiere el desempeño de tales funciones en unidades como las de neonatología, se muestra especialmente crítico con la Dirección del Hospital, desplegando a tal efecto toda una batería de argumentos en los que destacan las carencias formativas del personal de enfermería de tales unidades por causas imputables a la Gerencia, que lejos de cumplir con las recomendaciones y la propia normativa autonómica que exigen la presencia en estas unidades de personal altamente cualificado, se limita a organizar cursillos de adaptación de 5 días, el incumplimiento por parte de los supervisores del derecho que tienen los profesionales a ser informados previamente de cuáles son las tareas propias del puesto, la consolidación de prácticas profesionales o importantes fallos desde la óptica de la seguridad clínica (confusión que provoca la semejanza que presentan las distintas vías o el hecho de que los recipientes que contienen la alimentación no estén identificados como tal para diferenciarlos de la medicación, algo que la propia Dirección de Enfermería del Hospital ha llegado a reconocer). http://www.cge.enfermundi.com

INFORME ANUAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO SOBRE UNIVERSALIZACIÓN Y GRATUIDAD DE LA ASISTENCIA, INFOR-MACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA, ORDENACIÓN DE PRESTACIONES, LIS-TAS DE ESPERA.....

Se trata del Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2008. En relación con la parte relativa a la Administración Sanitaria se denuncian las caren-

cias que presenta el Sistema en aspectos tan cruciales como la <u>universalización y gratuidad de la asis-</u> tencia, <u>información y documentación</u> clínica, <u>or-</u> denación de prestaciones, <u>listas de espera</u>, <u>proble-</u> mas en la organización y funcionamiento de la AP y AE, <u>Seguridad de Pacientes y Salud Mental.</u> http://www.defensordelpueblo.es

#### DOCUMENTO SOBRE CONSIDERACIONES PARA EL DESARROLLO DE LOS CUIDA-DOS PALIATIVOS EN ESPAÑA.

### Elaborado por el Grupo de Trabajo de Atención al Final de la Vida de la OMC

Los Cuidados Paliativos representan una sólida respuesta sanitaria al sufrimiento relacionado con el final de la vida de los pacientes. Por ese motivo. y tras demostrar su eficiencia, se han convertido en un derecho de todos los ciudadanos españoles, y en una prestación sanitaria básica. Han demostrado eficiencia ya que provocan un impacto muy positivo sobre la calidad de vida del enfermo (alivio de síntomas, buena comunicación y relación médicopaciente y respeto a sus valores, entre otros), apovan a las familias, complementan al resto de las medidas, influyen sobre los sistemas sanitarios y ahorran costes. Por tanto, la atención sanitaria al final de la vida de las personas debe ser una prioridad para las Consejerías de Sanidad de todas las Comunidades Autónomas, llevando a la práctica sin demora las directivas establecidas en la reunión del Consejo Interterritorial de 14 de marzo de 2007, en la que se aprobó por unanimidad la Estrategia de Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud.

La Organización Médica Colegial (OMC), comprometida con la atención sanitaria de máxima calidad, desea contribuir al impulso de una serie de medidas cuyo objetivo es lograr una atención de excelencia al final de la vida, estimando oportuno exponer una serie de consideraciones para el desarrollo de los Cuidados Paliativos en España. <a href="http://www.actasanitaria.com">http://www.actasanitaria.com</a>

#### DEMOGRAFÍA MÉDICA EN ESPAÑA. APUNTES PARA LA EFICIENCIA DEL SIS-TEMA SANITARIO.

Exhaustivo estudio realizado por la Organización Médica Colegial sobre la demografía médica en nuestro país, y que arroja datos tan interesantes

como la distribución territorial de profesionales, el peso que representa en cada Comunidad el sector público y el sector privado o el esfuerzo realizado desde las distintas Administraciones Sanitarias en ámbitos como el gasto en recursos humanos. http://www.cgcom.org

#### GUÍA ESTÁNDAR DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

La guía "Tiempos Estándar de Incapacidad Temporal", es considerada de interés en aspectos como el seguimiento de la duración de los procesos de enfermedad, realizar estudios epidemiológicos, facilitar la labor de los responsables de la gestión de las bajas laborales, y establecer un lenguaje común en lo tocante a la comunicación y coordinación entre los distintos organismos implicados en esta materia. En España se producen anualmente 5'6 millones de bajas con un promedio de 43 días de duración. El proceso de elaboración y definición de los tiempos estándar ha tenido su fundamento en la experiencia de los médicos inspectores del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en los datos aportados por los Servicios Públicos de Salud, y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, para lo que se llegaron a analizar 1.168.564 bajas comunicadas por los Servicios Públicos de Salud de las distintas Comunidades Autónomas. En conjunto se estudiaron más de 3.000 patologías diferentes y para cada código de diagnóstico se analizó el número total de procesos, la duración total en días la duración media y http://www.medicosypacientes.com

### ORIENTACIÓN DE LA FUTURA LEY ESTATAL DE SALUD PÚBLICA

#### Elaborado por la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria

El Documento esboza las principales líneas de actuación que debería seguir la futura ley que se apruebe con el fin de ordenar y regular la hasta ahora olvidada "salud pública", y que abarcarían desde un cambio de concepto para adecuarla a la realidad actual, una mejor definición de sus funciones o las bases de un nuevo modelo organizativo a nivel del conjunto del SNS para lo que abogan por la creación de un nuevo órgano colegiado como sería la "Agencia Española de Salud Pública". <a href="http://www.sespas.es">http://www.sespas.es</a>

## LOS DIRECTIVOS HOSPITALARIOS Y LA COMUNICACIÓN INTERNA: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Con el objetivo de conocer la percepción de los directivos de los hospitales españoles sobre el desarrollo de la comunicación interna en sus centros. los autores del siguiente trabajo a través de un exhaustivo estudio concluyen que existe una tendencia a un mayor grado de satisfacción con la comunicación interna en los hospitales de 500 camas o menos que en los grandes. Ello puede explicarse por el hecho de que en los hospitales más pequeños es más fácil el contacto directo entre la dirección y los profesionales. El menor tamaño del hospital favorece la utilización de canales formalizados de carácter personal. Todo ello indica la importancia de desarrollar canales formales bien establecidos en los planes de comunicación para que la información llegue a los públicos definidos y lo haga de la forma más clara posible. http://www.elsevier.es/

#### ¿HAY SUFICIENTES PROFESIONALES SANITARIOS EN ESPAÑA? DESEQUILI-BRIOS, DÉFICIT, MOVILIDAD INTERNA-CIONAL

El artículo de Patricia Barber y Beatriz González contribuye de forma informada y documentada al estudio de los principales aspectos que inciden en la falta de profesionales sanitarios, poniendo especial énfasis en la falta de planificación de los recursos humanos. http://www.fundacionmhm.org

## SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN EN ENTORNOS SANITARIOS.

La Sociedad Española de Informática de la Salud (SEIS), pone a disposición de todos los profesionales un instrumento de referencia para hacer frente a la tarea de garantizar la seguridad de la información. Dirigido a profesionales del ámbito de la salud con perfiles diversos, como gestores, técnicos, sanitarios, etc. con el objetivo de acercar conceptos y terminología sobre la seguridad lógica que puedan servir de ayuda para la concienciación y sensibilización sobre la misma y también de capacitación para abordar proyectos y relaciones con profesionales tecnológicos con más conocimiento y por lo tanto con mayor entendimiento. http://www.seis.es

## OPINIÓN DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA A PROPÓSITO DEL PROYECTO

#### DE LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

El Comité de Bioética de España, (CBE) avala con matices el nuevo régimen de plazos que introduce el proyecto de ley aunque con el voto discrepante de uno de sus miembros por considerar contradictorio el hecho de reconocer el desarrollo de una vida humana digna de protección, tanto desde el plano jurídico como ético, para acto seguido otorgar una primacía absoluta al derecho de autoderminación de la mujer. La necesaria ponderación de los bienes en conflicto constituve, en un sistema como el que se propugna, "plazo frente indicaciones" (al menos en las 12 primeras semanas), en el verdadero caballo de batalla, junto con el reconocimiento a la mujer gestante del derecho a decidir en los términos previstos en la Ley 41/2002. En este sentido, el Comité de Bioética se muestra más generoso que el Consejo de Estado pues considera que tal derecho podría verse menoscabado si se mantiene el derecho paralelo de los padres a ser informados, algo que atentaría contra el derecho fundamental a la intimidad sin que pueda, por tanto, admitirse esta facultad de los padres más allá de situaciones excepcionales de grave riesgo para la salud de la mujer.

En definitiva, el Comité respalda el proyecto de ley si bien advierte de la necesidad de reforzar la información que se debe dar a la mujer, distinguir con precisión si los plazos de la ley hacen alusión a la edad embrionaria o edad gestacional, salvaguardar el carácter confidencial y el derecho a la intimidad de la mujer incluso frente a los padres o tutores, y reglar la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. http://www.comitedebioetica.es

#### ATENCIÓN MÉDICA AL FINAL DE LA VIDA

La OMC ha elaborado un documento donde analizan las implicaciones éticas de las situaciones clínicas relacionadas con el final de la vida. La finalidad de este trabajo es facilitar la deliberación ética y la comunicación en esta fase particularmente delicada de la vida. http://www.medicosypacientes.com

DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL REAL DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS PARA GA-RANTIZAR LA INTIMIDAD, LA CONFI-DENCIALIDAD Y LA EQUIDAD EN LA

## PRESTACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.

Las consideraciones más relevantes que cabe extraer de la lectura del Dictamen del Consejo de Estado, son:

- a) Subraya el carácter particularmente sensible de los datos sanitarios relativos a los abortos, lo que justifica la aprobación de una norma reglamentaria como ésta.
- b) Critica la visión que de la disociación hace el proyecto de reglamento ya que tal y como está redactado lo que codifica no son los datos de identificación de los pacientes, sino los datos médicos-asistenciales
- c) Un punto importante es la crítica que formula el órgano consultivo a la previsión reglamentaria de velar por la intimidad de los pacientes en los supuestos de tramitación de expedientes de responsabilidad patrimonial/reintegro de gastos, ya que en estos supuestos dificilmente se puede dictar resolución si no se conocen los datos de identificación personal del paciente, y además, se podrían generar importantes bolsas de fraude si, finalmente son los centros sanitarios privados donde se ha realizado la prestación los que asuman a estos efectos la representación de la paciente.

http://www.boe.es

#### DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE PROYECTO DE LEY DE IVE

La constitucionalidad del sistema de plazos del anteproyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo es avalada por el Consejo de Estado a partir de la doctrina del TC sobre la naturaleza jurídica del "nasciturus" como bien jurídico protegido no titular del derecho fundamental a la vida. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado tampoco considera que el marco normativo internacional, y en particular la Convención sobre derechos de las personas, puedan erigirse en obstáculo para el anteproyecto de ley.

Sin embargo el alto órgano consultivo introduce importantes precisiones dignas de mención, como la imposibilidad de entender el aborto como un derecho subjetivo, o la conveniencia de limitar en el tiempo la libre opción de la mujer entre continuar o interrumpir su embarazo hasta las 12 sema-

nas en lugar de las 14 que prevé el anteproyecto de ley, aunque en todo caso el Consejo parece mostrar su conformidad con el reconocimiento de este espacio de libertad a favor de la gestante al interpretar que el derecho general a la intimidad de la mujer debe prevalecer para que sea ésta la que adopte la decisión final durante este espacio temporal.

Otras consideraciones formuladas por el Consejo de Estado y que no pueden pasar desapercibidas son:

- a) En el plano de la autodeterminación informativa de la gestante, resalta la importancia de que se suministre a la mujer una información personalizada, verbal y escrita, para decidir libremente y con conocimiento, y que en todo caso debe estar orientada a la protección de la maternidad
- b) En el plano de la autodeterminación decisoria, se inclina por conciliar el derecho a decidir de la menor con 16 años cumplidos con el derecho a la información de los padres y a tal efecto propone que antes de la intervención la menor deba completar el documento del consentimiento informado con el testimonio de que la menos uno de sus padres ha sido debidamente informado
- c) Subraya la necesidad de reconocer en el texto la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, un derecho que, afirma, entronca con el contenido del art. 16 de la CE. Sin embargo este criterio merece algunas puntualizaciones a raíz de la STS de 11 de mayo de 2009 que declara que la objeción de conciencia no es derecho general reconocido en la CE ni deriva del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa, con dos únicas salvedades, la prevista en el art. 30 de la CE y la objeción reconocida por el TC para los profesionales sanitarios.
- d) En relación con la documentación clínica y la confidencialidad, el Consejo de Estado asume las consideraciones vertidas en su informe por la Agencia Española de Protección de Datos, y en particular en relación con la cancelación automática de datos que prevé el anteproyecto una vez transcurrido el plazo de 5 años.

## INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA

http://www.gencat.cat/

#### ÉTICA Y MUERTE DIGNA: INFORME DE LA COMISIÓN AUTONÓMICA DE ÉTICA E INVESTIGACIÓN SANITARIA

La comisión autonómica de ética e investigación sanitaria ha elaborado un informe en relación con la tramitación del proyecto de ley reguladora de la dignidad de las personas ante el proceso de la muerte que permita garantizar una atención adecuada durante el proceso final de la vida, basado en evitar el sufrimiento, y el respeto a la dignidad y a la libre decisión de cada uno. http://www.juntadeandalucia.es

#### CARTA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA AU-TONÓMICO DE SALUD DE CANTABRIA.

http://www.saludcantabria.org/

#### MANUAL DE ÉTICA MÉDICA (AMM)

La atención médica moderna plantea dilemas éticos muy complejos, respecto de los cuales el médico no siempre está lo suficientemente preparado para su abordaje. La Asociación Médica Mundial ha elaborado este manual con el que se pretende poner a disposición de los profesionales sanitarios herramientas destinadas a encontrar soluciones éticas a este tipo de dilemas, incluyendo varios casos prácticos que buscan estimular la reflexión ética individual y el debate en un contexto de equipo. http://www.wma.net

### Premio Derecho y Salud 2010

La Asociación de Juristas de la Salud convoca el VI Premio Derecho y Salud 2010 para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:

#### **BASES**

#### 1. CRITERIOS

Se convoca el **VI Premio Derecho y Salud** destinado a premiar los ESTUDIOS de investigación publicados (o pendientes de publicar, una vez aprobada su publicación por el Consejo Editorial) en los números ordinarios de la Revista Derecho y Salud correspondientes al año 2010, que aborden temas relacionados con el Derecho, la Sanidad y/o la Salud.

#### 2. PARTICIPANTES

Podrán concurrir al **VI Premio Derecho y Salud** tanto personas individuales, como equipos de trabajo constituidos al efecto. No podrán participar los miembros del Consejo Editorial ni de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

#### 3. FORMA

Los investigadores que deseen concurrir al VI Premio Derecho y Salud, deberán dirigirse ajs@ajs.es; dlarios@sescam.org y presidente@ajs.es y enviar sus trabajos por correo electrónico indicando en la remisión la solicitud de publicación además de la intención de participar en el premio.

Los ESTUDIOS (redactados en castellano) con una extensión mínima de 20 páginas y máxima de 80, que serán originales e inéditos, se presentarán escritos a doble espacio en letra "times new roman" tamaño 12.

#### 4. PLAZO.

Los ESTUDIOS se podrán enviar a lo largo del año 2010, teniendo en cuenta que el cierre de la edición de los números ordinarios de la revista corresponderá con el 30 de mayo y el 30 de septiembre .El Consejo Editorial decidirá en todo caso sobre la procedencia de la publicación.

Los ESTUDIOS que se envíen con posterioridad al 30 de septiembre no podrán optar al premio.

#### 5. DOTACIÓN

El **VI Premio Derecho y Salud** estará dotado con 3.000 euros. En caso de que sea declarado desierto, el

jurado podrá proponer diversos accésit hasta la totalidad de la dotación.

#### 6. JURADO

El Jurado estará compuesto por cinco miembros: el Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, que lo será a su vez del Jurado, el Director y el Secretario del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Salud, además de dos invitados por la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud, entre personalidades representativas y de reconocido prestigio en la disciplina del Derecho Sanitario. Actuará como Secretario el que lo sea de la Asociación Juristas de la Salud.

El funcionamiento del Jurado, que podrá realizar sus sesiones on-line, se acomodará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El jurado valorará, entre otros aspectos, la calidad científica; la concreción y claridad expositiva; el interés científico, tanto académico como práctico; la originalidad y actualidad del tema.

#### 7. FALLO y ENTREGA DEL PREMIO.

El fallo se dará a conocer antes del 20 de octubre de 2010.

La entrega del premio tendrá lugar en un acto que tendrá lugar durante la celebración del XIX Congreso DERECHO Y SALUD, que organiza la Asociación convocante, durante los días 20, 21 y 22 de octubre en Logroño (La Rioja)

#### 8. ACEPTACIÓN DE LAS BASES

Los participantes aceptan en su integridad estas Bases así como el fallo del Jurado, renunciando a cualquier reclamación en relación con las mismas.

Santiago de Compostela, DICIEMBRE 2010

## NORMAS DE PUBLICACIÓN ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

- 1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
- 2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
- 3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 15 páginas.
- Tanto los ESTUDIOS como las COMUNI-CACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista, indicándose en el mismo texto original y datos del autor/es.
- 5. En todo caso se utilizará letra tipo "times new roman", tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
- 6. La primera página debe incluir, por este orden:
  - a. Título del artículo
  - b. Nombre y apellidos del autor o autores
  - c. Profesión o título académico del autor y/o centro de trabajo.
  - d. Un breve resumen de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave (en español e inglés).
  - e. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
  - f. Fecha de finalización del trabajo
- 7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a

pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiente los siguientes modelos:

- a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
- b. Capítulos de libros: ESER, Albin: "Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica" en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho pena*l, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
- c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermin: "Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario", *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
- d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: "Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación", Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
- e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci\_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso>. [Con acceso el 4.3.2006].
- 8. Los manuscritos serán evaluados anónimamente por los miembros del Consejo Editorial de la Revista, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.



Asociación Juristas de la Salud http://www.ajs.es Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA 15706 Santiago de Compostela

### SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCION										
Nombre/Razón Social:										
Departamento/Servicio: -										
Número de ejemplares:										
Dirección:										
Código Postal: ¯										
Población: ¯										
Teléfono/s:										
Fax:										
Dirección e-mail: ¯										
DNI/NIF: -										
FORMA DE PAGO  Transferencia	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia Domiciliación Bancaria	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia Domiciliación Bancaria Titular de la cuenta:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia Domiciliación Bancaria Titular de la cuenta: NIF del titular:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia  Domiciliación Bancaria  Titular de la cuenta:  NIF del titular:  Entidad Bancaria:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	3862	29	
Transferencia  Domiciliación Bancaria  Titular de la cuenta:  NIF del titular:  Entidad Bancaria:  Oficina:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015			
Transferencia  Domiciliación Bancaria  Titular de la cuenta:  NIF del titular:  Entidad Bancaria:  Oficina:  Dirección oficina:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	(4	29 dígit dígit	
Transferencia  Domiciliación Bancaria  Titular de la cuenta:  NIF del titular:  Entidad Bancaria:  Oficina:  Dirección oficina:  Código Entidad:	A la	cuent	a 018	32-60	22-3	1-02	015	(4 (4	dígit	os)

Importe de la suscripción 60 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA 15706 Santiago de Compostela

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud http://www.ajs.es Avda. Romero Donallo nº 21, 3°A 15706 Santiago de Compostela

#### **SOLICITUD DE ASOCIACIÓN**

#### **DATOS SUSCRIPCION**

DATOS SUSCRIPCION								
Nombre:								
Primer apellido:								
Segundo apellido:								
Dirección:								
Código Postal:								
Población:								
Teléfono/s:								
Fax:								
Dirección e-mail:								
DNI/NIF:								
DATOS BANCARIOS								
Titular de la cuenta:								
NIF del titular:								
Entidad Bancaria:								
Oficina:								
Dirección oficina:								
Código Entidad:						(	4 díg	itos)
Código Sucursal:						(	4 díg	itos)
Dígitos de Control:						(	2 díg	itos)
Cuenta:								
ENVÍO CORRESPONDENCIA (cu	ıando sea	a diferen	te del do	micilio)	)			
Lugar de trabajo:								
Cargo:								
Dirección:								
Código Postal:								

Cuota de la Asociación 80 euros anuales

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA 15706 Santiago de Compostela

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los socios en el marco de las actividades propias de la entidad, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".