

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO SANITARIO

**Vicente
Lomas Hernández**

*Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)*

SUMARIO

I. Recursos humanos. II. Profesiones sanitarias. III. Procedimiento administrativo. IV. Prevención de riesgos laborales. V. Protección de datos sanitarios. VI. Derecho laboral y de seguridad social. VII. Responsabilidad sanitaria. VIII. Facturación por gastos sanitarios. IX. Prestaciones sanitarias.

RESUMEN

El presente artículo recoge la relación de resoluciones judiciales presentadas en el Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud 2023, Mesa de Trabajo titulada “Novedades legislativas y jurisprudenciales”, coordinada por Dña. Susana López Altuna, y compartida con el ponente D. Antonio Rivas López.

Las sentencias figuran agrupadas en los siguientes bloques temáticos.

I. RECURSOS HUMANOS

1. Concesión de permiso por cuidado de hijo afectado por grave enfermedad que está escolarizado

STS nº 513/2023, de 25 de abril, nº rec. 3939/2021

La recurrente, personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud, solicitó amparo del artículo 49.e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, la concesión del permiso de reducción de jornada laboral al menos del 50%, sin merma de retribuciones, para el cuidado de su hijo de seis años de edad.

La Administración lo denegó porque, sin negar la gravedad del trastorno que padece y que la madre

tiene una función esencial en su cuidado, el artículo 49.e) del EBEP exige el ingreso hospitalario de larga duración o, subsidiariamente, la continuación del tratamiento médico o de cuidado del menor en el domicilio y lo cierto es que Lázaro no tuvo ingresos hospitalarios; además, en su caso, no hay prueba de la necesidad de ese cuidado porque está escolarizado en un colegio ordinario que cuenta con apoyo especializado en audición y lenguaje, pedagogía terapéutica, con asistencia de un auxiliar técnico educativo.

El TS reitera, que la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores. Habrá que ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante. Por tanto, el permiso podrá concederse o denegarse o bien concederse, pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor (FJ 5).

2. Trabajadora temporal embarazada y bolsa de empleo: discriminación por no poder incorporarse al puesto de trabajo

STS. 1555/2022 de 23 noviembre

Doña Bárbara presta servicios de forma ininterrumpida, con la categoría de Facultativo Especialista del Área de Medicina Interna del hospital de Málaga, desde 2007, estando inscrita como personal estatutario temporal en la bolsa de contratación temporal.

En el momento en que le fueron ofertados los nombramientos temporales se encontraba embarazada y en situación de incapacidad temporal, optando por diferir su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el período de maternidad, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permaneciera.

El período de vigencia del nombramiento mientras no se había producido la incorporación efectiva, se computó únicamente a efectos de experiencia profesional, en virtud del punto IV. 11.5 de la resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, por la que se dispone la aprobación y publicación del texto refundido y actualizaciones del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración y las organizaciones sindicales, sobre el sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud. El nombramiento no produjo plenos efectos ante la falta de incorporación efectiva.

La cuestión de interés casacional se circunscribía a determinar si constituye una discriminación por razón de sexo la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo, a la que correspondería un nombramiento como personal estatutario temporal, posterga la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad, y no reconoce a la trabajadora temporal, respecto a ese periodo de tiempo en que se demoró la efectividad del nombramiento, ningún efecto distinto al mero cómputo como experiencia profesional a efectos de procesos selectivos de esa misma Administración Sanitaria.

La respuesta a la cuestión de interés casacional:

“Resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución

Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”.

3. La situación de maternidad no puede asimilarse a la falta de capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones propias de un puesto de trabajo

STSJ de Castilla-La Mancha nº 10304/2022, de 16 de octubre, nº de rec 170/2022.

En este otro caso similar al anterior, la recurrente, de no haber quedado embarazada, embarazo calificado de riesgo, se la habría nombrado como personal estatutario temporal eventual por acumulación de tareas, con los efectos administrativos y económicos de esta situación.

Sin embargo, no se produjo tal situación, sino que, por su situación de riesgo, a la finalización del periodo contractual anterior es cesada, dada de baja en Seguridad Social, pasando a la situación de desempleo y con reserva del mismo puesto que le fue ofrecido en aplicación del Apartado 17.2 del Pacto sobre selección del Personal Temporal del Servicio de Salud de Castilla La Mancha.

Por lo que respecta al Pacto de Bolsa del SESCOAM, la Sala cuestiona que las medidas que prevé al respecto sean suficientes para proteger a la mujer porque:

“su situación es evidentemente peor, ya que sus efectos son limitados; se tiene en cuenta a “efectos del cómputo de la experiencia profesional” exclusivamente. De hecho, su situación es peor desde el punto de vista económico pues, tal y como indica la recurrente, al no renovarla, ha pasado de cobrar el 100 % de la base reguladora durante el riesgo durante el embarazo a cobrar el 70 % de la base reguladora al quedar en situación de desempleo.”

Queda finalmente por abordar el fleco del gasto sanitario adicional que, caso de obrar de semejante modo, le supone a la Administración. La Sala declara que *“Respecto al sobrecoste que representa para la Administración admitir nuevamente a la trabajadora y contratar a otra persona que la sustituya: este mayor gasto, real, la ley lo prevé y lo*

asume como necesario. Art. 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”.

4. Orden jurisdiccional competente. Complemento de Atención Continuada y situación de riesgo durante el embarazo

STS 9 de febrero, nº 157/2023, rec. 1047/2021.

La STS se pronuncia sobre el derecho al percibo del complemento de atención continuada por profesional sanitaria durante la situación de riesgo durante el embarazo.

Téngase en cuenta a estos efectos:

- a) La STS de 14 de julio de 2022, que ya reconoció el derecho al abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo.
- b) La STS 997/2022 de 14 julio, sobre derecho al Complemento de Atención Continuada en casos de adaptación del puesto de trabajo derivado de riesgo por el embarazo.

En el presente caso, la sentencia de instancia concluyó que “durante las situaciones de riesgo para el embarazo, maternidad y lactancia, las funcionarias tienen derecho a percibir un promedio de las guardias, nocturnidad y festivos realizadas durante los tres últimos meses trabajados”.

Dos son las cuestiones de interés casacional:

- Competencia del orden jurisdiccional.

Si debe conocer la jurisdicción del orden contencioso administrativo de las reclamaciones que formulen los empleados públicos integrados en el régimen general de la Seguridad Social para solicitar un determinado importe o cuantía de la mejora voluntaria que prevea una Administración pública o si, por el contrario, esta competencia corresponde al orden social.

- Derecho al percibo del complemento de atención continuada.

Determinar la procedencia del abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo

La respuesta de la Sala:

- Sobre la determinación del orden jurisdiccional competente: La Sala de lo Contencioso, en cambio, no se pronuncia al respecto por considerar que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de Derecho autonómico.
- Sobre la segunda cuestión de interés casacional. Se somete a estudio desde la doble perspectiva de la legislación comunitaria, y el derecho nacional:

1. Desde la perspectiva del derecho comunitario:

La Administración considera que “[...] no hay una disposición que diga que una mujer embarazada ha de percibir el complemento de atención continuada en todo caso [...]”, e invoca la previsión de la DA 7ª de la Ley del Empleo Público, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, lo que en definitiva defiende es que supone igualar el tratamiento de la situación derivada de la adaptación del puesto de trabajo por riesgo por situación de embarazo con la de incapacidad temporal. Argumenta que la sentencia recurrida ha dejado de aplicar, indebidamente, dicha disposición autonómica, que no considera desvirtuada por la LOI, ni tampoco contraria al Derecho de la Unión Europea que pudiera resultar aplicable.”

Respuesta de la Sala:

Toma como referencia a estos efectos la STJUE de 1 julio 2010 (asunto Parviainen, C-471/08) para manifestar que, si bien la legislación comunitaria no garantiza que la mujer trabajadora deba percibir la totalidad de sus retribuciones, esa protección puede ser mejorada por los Estados

2. Desde la perspectiva de la legislación nacional:

I. Estatuto Marco

Sobre la naturaleza del complemento de atención continuada y la jornada complementaria, manifiesta que constituye “una retribución ordinaria y estable en su devengo, lo que no es incompatible con su naturaleza de retribución complementaria y variable en su cuantía según el número de horas realizadas en cada periodo

de devengo mensual. De ahí que su exclusión durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo por situación de riesgo derivado del embarazo menoscabe un componente ordinario y establece de la retribución, y lo hace por una razón última, el embarazo, que tan sólo puede vincularse al sexo femenino.

II. Artículo 4 de la LOI

En relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, permite concluir que la igualdad de trato entre sexos exige que las modificaciones del puesto de trabajo adoptadas transitoriamente y durante el limitado periodo del embarazo, cuando puedan repercutir en la prestación de jornada complementaria, no conlleven una disminución de las retribuciones estables de la trabajadora afectada.

Por todo lo anterior fija la siguiente doctrina:

“Durante los periodos de adecuación del puesto de trabajo de personal estatutario de los servicios de salud por situación de riesgo derivado del estado de embarazo de la trabajadora que, conlleven la medida de no realización de jornada complementaria por atención continuada, se mantiene, no obstante, el derecho de la trabajadora a la percepción de complemento de atención continuada, que deberá ser proporcional al que venía percibiendo antes de la adaptación del puesto de trabajo y mantenerse durante todo el periodo que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo.”

5. Competencia del orden social. Reclamación de mejora voluntaria formulada a título individual por un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social

STS n°107/2023, de 7 de febrero.

Facultativo especialista de medicina de familia de atención primaria, permaneció en situación de incapacidad temporal del 29 de junio al 2 de julio de 2015, con ingreso en el servicio de urgencias.

El 8 de julio de 2015 presentó una solicitud para que se le reconociese el derecho a percibir un complemento salarial que sumado a las prestaciones económicas de la Seguridad Social le permitiesen alcanzar el 100% de su retribución durante el periodo de incapacidad temporal.

En la instancia se había declarado competente el orden social por aplicación del art. 2 q) LRJS, pero en suplicación se apreció incompetencia de la jurisdicción social en favor de la contencioso-administrativa con el argumento de que el acuerdo no era fruto de la negociación colectiva, ni se había publicado o registrado como convenio colectivo.

La Sala discrepa debido a:

- El art. 2, letra c) de la derogada LPL establecía la competencia del orden social de la jurisdicción en materia de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, “*siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo*”, y con ello se estaba refiriendo a las mejoras que traen causa de una relación de trabajo, para diferenciarlas de aquellos otros supuestos en los que pudieren tener su origen en el ejercicio del poder público por las Administraciones.

La redacción actual:

“q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario”

- Inaplicación de la STS 5/6/2013, rec.76/2012:

Se concluyó que corresponde al orden contencioso-administrativo la impugnación del contenido de un acuerdo colectivo que regula una mejora voluntaria de seguridad social para el personal estatutario de la sanidad pública.

Sin embargo, esta sentencia de 2013 no resuelve un pleito individual entre un concreto trabajador y su administración pública empleadora, sino un conflicto colectivo en el que se solicita una determinada interpretación del contenido de aquel acuerdo.

Por el contrario, en el presente supuesto no estamos en un proceso colectivo en el que se discuta la eficacia o el alcance del acuerdo, sino ante una reclamación individual efectuada por un funcionario que está integrado en el régimen general de la seguridad social y solicita el derecho a una determinada mejora, cuyo conocimiento corresponde a la

misma jurisdicción social a la que está anudada la prestación de ese régimen de seguridad social que con ella se complementa.

La Sala fija la siguiente doctrina:

“El orden social de la jurisdicción es el competente para conocer de la reclamación de una mejora de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social prevista en un acuerdo firmado por una Administración Pública que afecta al personal laboral y funcionario, y que ha sido formulada a título individual por un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social”

6. Médico interno designado concejal: la Administración no tiene la obligación de reservar el puesto

STS n 25/2023 de 12 de enero, nº. Rec. 4839/2021.

La sentencia da respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional, *determinar si el derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privados en los que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, es extensible a quienes están unidos por vínculo estatutario temporal con nombramiento interino, o, por el contrario, se reconoce únicamente a quienes mantienen vínculo estatutario fijo o son funcionarios de carrera.*

La LBRL en su artículo 74.3 dispone que *“3. Los miembros de las Corporaciones locales que no tengan dedicación exclusiva en dicha condición tendrán garantizada, durante el periodo de su mandato, la permanencia en el centro o centros de trabajo públicos o privados en el que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, sin que puedan ser trasladados u obligados a concurrir a otras plazas vacantes en distintos lugares.”*

La Sala considera inaplicable el referido precepto legal al personal interino, pues *“Tratándose de interinos no cabe oponer tal garantía si la Administración actúa como el ordenamiento prevé y le ordena que actúe, esto es, que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario fijo: esa es la normalidad o regularidad jurídica y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica.”*

De no entenderlo así, ello supondría crear una situación de fraude: *“obviar la jurisprudencia que considera abusivo mantener situaciones de larga temporalidad existiendo una vacante real e implicaría erigir el artículo 74.3 de la LRBRL en impedimento para la recta ordenación del empleo público: bastaría que el concejal que es funcionario interino o personal estatutario interino sea reelegido en sucesivas convocatorias para que se perpetúe esa situación de temporalidad”*.

7. El personal estatutario temporal no puede desempeñar jefaturas de libre designación

STS nº 212/2023, de 21 de febrero.

Recurso de casación contra la STSJ de Castilla-La Mancha, que anula el acto dictado en instancia y revoca el nombramiento realizado para una Jefatura de Grupo no sanitario, que había recaído en personal estatutario temporal.

La Sala desestima el recurso y hace suyos los argumentos de la STSJ de Castilla-La Mancha recurrida:

“...la libre designación es una forma de provisión de destinos entre los empleados públicos que son funcionarios de carrera -en este caso, personal estatutario fijo-, lo que no es el caso de quienes no lo son”¹.

En este mismo sentido ya se habían pronunciado los distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras la STSJ de Andalucía, nº 516/2019 de 10 abril, o la STSJ de Madrid, de 16 de diciembre de 2013, nº 1325/2013.

8. Diferente baremación de servicios prestados durante la situación de crisis sanitaria

STS nº 1703/2022, de 20 de Diciembre, nº rec. 434/2022.

El interés casacional del recurso radicaba en conocer si en los procedimientos de selección de personal y configuración de las bolsas de trabajo del personal interino o laboral temporal, la prestación

¹ Como complemento a esta STS véase *“Comentario de la sentencia del T.S.J. Cast. La Mancha a Con/Ad Sec.2 Albacete. Sentencia: 10065/2021. Puestos de libre designación y personal no fijo y la sentencia del T.S.J. de Andalucía, Sevilla Con/Ad.Sec1. Sentencia: 516/2019 de 10 de abril”* (Boletín de Derecho Sanitario y Bioética, nº 189. Abril 2021): https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20210514/189_abril.pdf

de servicios con carácter temporal durante la situación de crisis sanitaria derivada del COVID 19, puede justificar una diferente baremación del tiempo de servicios prestados en los mismos puestos de trabajo y con idénticas funciones, respecto del desempeño, con carácter temporal durante el periodo de tiempo no afectado por la crisis sanitaria.

El TS desestima el recurso interpuesto, y confirma la legalidad de las bases que articulan el procedimiento de emergencia para la selección del personal funcionario interino y laboral temporal pues: *“la regulación de la selección del personal estatutario temporal debe efectuarse, con carácter general, a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en todo caso en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia, publicidad y celeridad y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. Estos principios no resultan lesionados, ni son incompatibles con el establecimiento de un procedimiento de emergencia para caso de pandemia, premiando con una mayor puntuación a aquellos que ya han prestado servicios en dicha situación de emergencia sanitaria, pues, además de ser un estímulo para realizar el trabajo en condiciones tan adversas, han estado desempeñando su función asistencial en unas circunstancias difíciles, que han proporcionado una experiencia asistencial innegable para desempeñar un trabajo intenso, realizado bajo presión, que no puede desdeñarse (FJ 5).”*

9. Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores pueden considerarse prestados en institución sanitaria

STS nº 1282/2022, de 13 de octubre, rec. 3832/2020.

Hechos:

Por resolución de 23 de septiembre de 2014 se convocó la constitución de una bolsa de trabajo en la Categoría de Enfermero/a y para Unidades de Especiales Características, para cubrir plazas básicas de personal estatutario temporal en las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud.

A esa convocatoria concurrió la interesada que alegó como mérito su experiencia de enfermera en la Residencia Geriátrica Virgen de la Montaña II, de titularidad privada e inscrita en el Registro de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios.

- Cuestión de interés casacional:

La cuestión de interés casacional objetivo se centra en juzgar si los servicios sanitarios prestados

en residencias de mayores pueden considerarse prestados en “institución sanitaria”, si las residencias son de titularidad pública, o si también los prestados en las de titularidad privada pueden serlo pues los servicios sanitarios que en ellas se prestan se insertan en un sistema general y organizado, como es la red pública de residencias de mayores.

- Juicio de la Sala:

La resolución de lo planteado en el auto de admisión no depende de la titularidad de una residencia de mayores, sino que viene determinada por la actividad sanitaria que allí se realiza. Por tanto, la unidad de asistencia médica de una residencia de mayores puede tenerse, a esos efectos, como “institución sanitaria” porque en ella se presta una “actividad sanitaria” definida en el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1277/2003, de ahí que sea un “servicio sanitario” sólo que prestado fuera de un “centro sanitario”.

A las unidades de asistencia sanitaria de residencias de mayores de titularidad privada, permanentes, organizadas y adecuadamente dotadas con personal cualificado y medios, cabe entenderlas integradas en el sistema y organización de esas residencias. Cabe también que formen parte de la oferta asistencial de “centros sanitarios”, en cuyo caso la idea de “sistema general y organizado” tendría otro alcance.

En consecuencia y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, concluimos que los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores pueden considerarse prestados en “institución sanitaria”, ya sean residencias de titularidad pública o privada.

- Aplicación al caso:

Trasladando este planteamiento al caso en cuestión, lo relevante es que a los efectos del mérito evaluable según el Pacto el trabajo allí realizado es valorable al prestarse en una “institución sanitaria”, por lo que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD.

10. Valoración de servicios profesionales prestados a un hospital público como socio de una mercantil a través de contrato público

STS de 28 de septiembre de 2022, nº 1204/2022, rec. 7774/2020.

En el presente caso se discute la naturaleza del trabajo realizado por un anestesista en un hospital público que fue por razón de la adjudicación del servicio de anestesiología y reanimación a la mercantil

Malog Rioja SL con la que otra mercantil de la que el mismo profesional sanitario era socio y administrador único, Anajar Servicios Médicos SL Profesional, contrataba los servicios médicos prestados por éste. Se trata de determinar si los servicios prestados por el recurrente son susceptibles de ser valorados como prestados en un centro público, o si han de serlo como prestados en un centro privado.

El TS declara que a los efectos de baremación de méritos en los procesos selectivos convocados por los Servicios de Salud, pueden ser considerados como servicios sanitarios los servicios efectivos prestados en un centro público en la categoría/especialidad que corresponda, aunque el título en cuya virtud se presten sea el de socio y administrador único de una sociedad limitada profesional contratada por una sociedad limitada adjudicataria de contrato de gestión de servicio público licitado por una fundación pública (FJ 5-6).

11. Carrera profesional y Sistema Nacional de Salud

STS 245/2023, de 27 de febrero.

Personal estatutario fijo del Servicio Gallego de Salud (SERGAS) que está en comisión de servicios en el Servicio de Salud de las Islas Baleares (IBSALUD) desde el 1 de junio de 2007. En el servicio de origen, esto es, en el SERGAS, tenía reconocido un nivel III de carrera profesional correspondiente a la categoría de enfermera del grupo de clasificación A2.

El texto consolidado de los acuerdos sobre el sistema de promoción, desarrollo y carrera profesional del personal estatutario dependiente del IBSALUD, prevé que:

“a) Con el único efecto de reconocer administrativamente el nivel o grado de carrera, el personal estatutario con plaza fija en cualquier servicio integrado en el Sistema Nacional de Salud que ocupe una plaza en el Servicio de Salud, puede participar en el sistema de carrera, siempre que no le sea aplicable el sistema de carrera profesional del servicio de salud en el que esté adscrita su plaza de personal estatutario. b) Los efectos que se derivan del reconocimiento de ese nivel quedan supeditados a obtener una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud de las Islas Baleares”. Es decir, el IBSALUD ha optado por incluir también al personal estatutario fijo que tiene destinado en ese Servicio en comisión de servicios procedente de otros Servicios.”

La cuestión de interés casacional consiste en determinar respecto del personal estatutario en comisión de servicios en otro Servicio del Sistema Nacional de Salud (SNS) distinto del de origen, si cabe supeditar los efectos retributivos derivados del reconocimiento de nivel o grado de carrera a la obtención de una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud donde se encuentre prestando servicios.

La Administración recurrente alega que no cabe confundir la comisión de servicios con la movilidad voluntaria de provisión de puestos de trabajo, que implica la integración del personal como personal estatutario del Servicio de Salud al que ha concursado. La consecuencia es que, respecto de la recurrente, será el SERGAS el competente para determinar las condiciones de esa implantación y reconocimiento, por lo que debe ser quien lo haga al ser la recurrente, a todos los efectos, personal estatutario fijo de ese Servicio. Algo similar a lo que sucedería con el reconocimiento de trienios de personal estatutario en comisión de servicios, sin perjuicio de que su pago se efectúe por aquella en la que se presten efectivamente los servicios en un momento dado.

La respuesta de la Sala es que si el IBSALUD dio la posibilidad a la interesada de acogerse al procedimiento de reconocimiento del nivel de carrera profesional, tiene que asumir igualmente las consecuencias económicas: *“El personal estatutario fijo destinado en comisión de servicios en un Servicio de Salud distinto del suyo de origen, si en ese otro Servicio de Salud se le permite participar en los procedimientos de reconocimiento del nivel de carrera profesional previstos para su propio personal y se le reconoce un nivel, no cabe que se excluyan las consecuencias retributivas en cuanto al complemento de carrera profesional.”*

12. La prolongación en la situación de servicio no supone un derecho adquirido

STSJ Castilla y León nº 1447/2022 de 20 de diciembre, nº rec. 1033/2021.

Solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo de Dña. Valentina, personal funcionario, con la categoría profesional de Jefa de Servicio de Análisis Clínicos, motivada por la situación pandémica existente en aquel momento.

Se discute si la prolongación en el servicio activo del año anterior, confiere o no derecho para que se siga concediendo en las anualidades siguientes, y de ahí la necesidad de que se vuelva a solicitar. La respuesta es negativa.

En este caso se trata de una decisión, la negativa a prolongar la permanencia en servicio activo, totalmente justificada: *“Es verdad que es un elemento importante, como esta Sala ya ha puesto de manifiesto en ocasiones anteriores, hasta el punto de que debe la Administración justificar qué circunstancias han cambiado para adoptar una decisión distinta. De esta manera, las solicitudes de prolongación o renovación de la prolongación en el servicio activo presentadas en dicho período fueron atendidas de acuerdo a la situación pandémica que derivó en una autorización general de las mismas.”*

A la vista de todo ello, teniendo en cuenta la situación actual en la que no existe estado de alarma, ni la situación excepcional lo justifica, lo que procede entonces es realizar una valoración de la solicitud de acuerdo con las circunstancias vigentes en la actualidad.

II. PROFESIONES SANITARIAS

1. Derecho al honor vs libertad de expresión: Asociación Española de Psiquiatría

SAP de Madrid nº 64/2023 de 10 Febrero, Rec. 690/2022.

La Audiencia Provincial de Madrid estima los recursos presentados por las asociaciones Citizens Commission on Human Rights -registrada en California, EE.UU- y a la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos de España.

La Audiencia Provincial, tras analizar los seis artículos en cuestión considera que debe prevalecer la libertad de expresión frente al derecho al honor:

“Consideramos que, en el contexto de las teorías anti-psiquiátricas que siguen las entidades demandadas, lo que debemos suponer que es perfectamente conocido por todos los psiquiatras, la frase referida por la asociación demandante no puede dañar el honor de los profesionales y que, en todo caso, quedaría amparado en el derecho de la libertad de expresión”

2. No corresponde a la administración sanitaria exigir el requisito de colegiación

STS 02-12-2022, nº 1612/2022, rec. 6124/2021.

El Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Galicia, tras tener conocimiento de que el

Servicio Gallego de Salud contrataba a higienistas dentales no colegiados, se dirigió a su Secretaría General Técnica denunciando tal proceder y poniendo de manifiesto su irregularidad. Además, le instó que se adoptaran las medidas oportunas para garantizar la obligación de dichos profesionales de colegiarse.

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santiago de Compostela, y posteriormente la Sección Primera de la Sala de La Coruña, desestimaron los recursos del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Galicia.

El auto de la Sección Primera de 4 de mayo de 2022 que admite a trámite este recurso ha apreciado que suscita, tal como hemos reflejado en los antecedentes, la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

“Si, en relación a las profesiones sanitarias respecto de las que sea predicable la obligación de colegiación ex Disposición Transitoria 4ª de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y, pese a la ausencia de desarrollo normativo de la misma en la autonómica respecto del cumplimiento del requisito de colegiación por parte de aquellos empleados públicos o si, por el contrario, dicha labor de vigilancia corresponde con carácter exclusivo a los respectivos colegios profesionales”.

La respuesta:

“A falta de una ley o disposición con fuerza de ley estatal, no cabe exigir a la Administración que exija el cumplimiento de la obligación de colegiación de los empleados públicos que ejercen profesiones sanitarias”.

3. Elección de la técnica instrumental. Competencia del obstetra

STSJ Galicia de 30 de Noviembre, nº 917/2022, rec. 163/2022.

La parte demandante denuncia que la progenitora, durante el parto, se vio sometida a estrés, miedo, indefensión y gran humillación; que hubo una falta de información en cuanto los padres no fueron advertidos de la fractura de clavícula ni de las lesiones causadas a la madre durante el parto, tales como la sutura de episiotomía que le sigue produciendo molestias durante las relaciones sexuales.

La Sentencia recuerda cuáles son las competencias de los profesionales sanitarios durante el proceso de parto:

“No correspondía a la parturienta, en este caso, la elección de la técnica instrumental a emplear, sino al obstetra. La consecutiva utilización de ese instrumental vino impuesta por las circunstancias del momento en el curso del parto y al objeto de evitar o no prolongar el sufrimiento fetal. En todo caso, obra en las actuaciones el documento acreditativo del consentimiento prestado por la recurrente en el que se le informaba de todas estas posibilidades, sin olvidar la información verbal por ella recibida al respecto.”

4. Derecho de la gestante a elegir el parto por cesárea

SJC-A de Las Palmas de Gran Canaria nº 5, nº 233/2021, de 22 de febrero.

La sentencia reconoce el derecho de la gestante a decidir sobre la realización de una cesárea, intervención que de haberse realizado podría haber evitado los graves daños sufridos por uno de los dos gemelos en el parto, y condena por ello al Servicio Canario de Salud al pago de una indemnización que asciende a un millón de euros. El menor afectado tiene reconocido un grado de discapacidad del 83% por padecer una afectación física, psíquica y sensorial resultado de las lesiones neurológicas sufridas.

En el presente caso, a tenor de los hechos recogidos en la resolución judicial, los médicos del SCS prolongaron el parto incrementando sus riesgos en lugar de optar por la cesárea, disposición que únicamente adoptaron cuando el segundo gemelo ya estaba padeciendo una hipoxia, situación ésta que pudo evitarse mediante la práctica de una cesárea urgente en el momento en que aparecieron signos de pérdida de bienestar fetal.

En su lugar, no se informó a la mujer de su derecho a optar por la cesárea, de modo que lo que se observa es *“la imposición contra legem del criterio médico de que la recurrente diera a luz por parto natural sometiéndola (asimismo a los dos fetos) a un extenuante parto natural que la propia Resolución recurrida reconoce que duró la friolera de 17 horas”*

En definitiva, se produjo una actuación arbitraria de los profesionales sanitarios, que con su actuación vulneraron el derecho de información, y el derecho a decidir de la parturienta.

Respecto del derecho del paciente/deber profesional de informar, la sentencia manifiesta que es un derecho que le asistía a aquella en todo momento, durante la gestación, antes de dar a luz, cuando empezó el proceso, a lo largo del mismo y hasta el momento último de parir, y critica duramente la forma de proceder de los profesionales sanitarios:

“Tales profesionales, al parecer, en su quehacer profesional no contemplan alternativa alguna al parto natural y por eso prescindieron de informar, por escrito, a Doña Miriam, durante el lapso de 17 horas, de la alternativa que constituía la cesárea y de las ventajas y riesgos que la misma implicaba. Tal vez lo hicieron ante la convicción de que la recurrente les hubiera solicitado someterse a dicha cesárea con la inconveniencia o incomodidad profesional que ello les podía suponer.”

El incumplimiento de este deber de informar a la mujer estaría, además, injustificado a tenor de las características del caso, pues:

“1º) El embarazo era de riesgo por ser gemelar y unirse los factores sobrepeso y tabaquismo de la embarazada.

2º) Según admite el propio SERVICIO CANARIO DE LA SALUD, «Más o menos el 50% de los partos gemelares termina en cesárea el otro 50% en partos vaginales».

En este estado de cosas es incomprensible que admitiendo el propio SERVICIO CANARIO DE LA SALUD que el embarazo era de riesgo y que nada menos que la mitad de los partos gemelares desembocan en cesárea no se informara en ningún momento a Dª Miriam de dicha posibilidad pese al transcurso de las horas y la imposibilidad de culminar el parto natural.”

A resultados de lo anterior, se vio afectado el derecho a decidir de la mujer:

“Era Dª Miriam quien tenía el derecho a decidir si daba a luz de forma natural o mediante cesárea. No le correspondía por tanto decidirlo ni al SERVICIO CANARIO DE LA SALUD, ni al Dr. D. Ricardo, por entonces Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias, ni a Doña María Luisa, Médica adscrita al Servicio de Inspección y Prestaciones ni a la FEA Doña Sonsoles ni a Doña Filomena ni a ninguno otro de los facultativos que pudieron asistir al parto. (...)

Lo que ocurrió en el caso de autos fue la imposición manu militari del criterio médico de las facultativas que asistieron a la recurrente. Tales profesionales, al parecer, en su quehacer profesional no contemplan alternativa alguna al parto natural y por eso prescindieron de informar, por escrito, a Doña Miriam, durante el lapso de 17 horas, de la alternativa que constituía la cesárea y de las ventajas y riesgos que la misma implicaba. Tal vez lo hicieron ante la convicción de que la recurrente les hubiera solicitado someterse a dicha cesárea con la inconveniencia o incomodidad profesional que ello les podía suponer.”

5. Competencias de la enfermería y dirección de equipos de atención primaria

STS 480/2023, de 17 de abril.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por las respectivas representaciones procesales del GOBIERNO DE NAVARRA y del COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE NAVARRA.

Se planteó tanto en aquel procedimiento, como en el que ha dado lugar a la sentencia ahora impugnada, si el cargo de Director de Equipo de Atención Primaria), puede cubrirse indistintamente por médicos o enfermeros, pues lo que prevé el Decreto Foral, tanto en su versión inicial como en la impugnada en la instancia, es que se cubra “entre profesionales sanitarios adscritos a Atención Primaria” (artículo 20.2).

Según el Sindicato Médico de Navarra sólo puede cubrirse por médicos, ya que en ese puesto se ejercen funciones que afectan al proceso integral de atención médica.

La cuestión de interés casacional se ciñe a determinar si el artículo 6.1 de la LOPSS -que establece que corresponde a los licenciados sanitarios la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso de “atención integral de salud”- se refiere sólo a la dirección y evaluación del proceso asistencial o si comprende también la dirección y evaluación del funcionamiento de la unidad en la que se agrupan diferentes profesionales sanitarios, en este caso, las direcciones de los EAP.

La Sala analiza las funciones atribuidas a ambos colectivos en los artículos 6.2.a) y art. 7.2.a) para colegir que “de acuerdo con la amplitud de su función asistencial y en coherencia con la carga formativa que eso exige, al médico le corresponde la intervención general sobre la salud mediante actos

que le cualifican y que comprenden diagnosticar, pronosticar, instaurar un tratamiento o terapia y su seguimiento; y al enfermero le corresponde actuar sobre la salud según sus competencias profesionales que se actúan en las diferentes fases del proceso sobre la atención a la salud, cuya relación con la actividad asistencial del médico se desempeñan en términos de vinculación, coordinación, complementariedad y colaboración.”

Desde el punto de vista organizativo, la sentencia procede a analizar tanto la Ley General de Sanidad, como la Ley 16/2003 y el RD 137/1984.

Desde estas dos perspectivas, organizativa y profesional, considera con carácter general que esos dos ámbitos -el profesional y el organizativo- confluyen en la asistencia integral de la salud en su primer nivel, la atención primaria, de manera que “declaramos que si la Administración competente al regular la organización y gobierno de los EAP opta por encomendar su dirección o coordinación al personal sanitario -caso de autos-, es razonable que esa función recaiga en el médico en coherencia con su cometido asistencial y cualificación profesional al corresponderle la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso asistencial en el que interviene el enfermero ejerciendo sus atribuciones profesionales en una relación respecto del médico de vinculación, colaboración, coordinación y complementariedad”.

En el caso concreto del Decreto Foral, la dirección del EAP implica el ejercicio de unas competencias administrativas que percuten en el núcleo de actuación médica. Esa incidencia se advierte en la competencia que el apartado a) del artículo 27.1 atribuye al Director del EAP: “[d] irigir y coordinar las actividades, tareas y funciones del personal adscrito a su unidad, asignándoles en su caso puesto, turno y jornada de trabajo”.

6. Anulación de los criterios de realización CR1.3, CR1.4 y CR1.5 de la RPI de la Unidad de Competencia 1 del Real Decreto 46/2022, de 18 de enero

STS nº 315/2023, de 9 de marzo, nº rec. 178/2022.

Es objeto de impugnación por el Colegio de Enfermería, la nueva cualificación profesional “Supervisión de atención sociosanitaria para la promoción de la autonomía personal. Nivel 3 SSC758_3. Anexo XV”.

El Colegio de Enfermería de Albacete alega que se está sustituyendo al Enfermero/a que actúa en el

ámbito sociosanitario, por personal de cuidados de bajo perfil profesional, llamémosles low cost”. Y que en el expediente no se vislumbra ni se acredita ninguna razón que, de forma objetiva, justifique la necesidad de la cualificación del anexo XV. Por eso, concluye, el Real Decreto 46/2022 en su conjunto, y de manera singular su anexo XV, “es un caso claro de actuación arbitraria e injustificada por parte de la Administración pública.

En concreto se introduce en un campo que debe ser supervisado por el personal enfermero, conforme a la ley de ordenación de las profesiones sanitarias. Se interpone, destaca, una nueva figura no sanitaria en la supervisión que los enfermeros han de hacer de los técnicos auxiliares de enfermería. Estamos, por tanto, ante un supervisor no sanitario, concebido como simple intermediario entre médicos y enfermeras y el personal auxiliar sociosanitario.

La Sentencia estima en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 178/2022, interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermería de Albacete contra el Real Decreto 46/2022, de 18 de enero, por el que se establecen determinadas cualificaciones profesionales de las familias profesionales Imagen y Sonido, Informática y Comunicaciones, Instalación y Mantenimiento, Sanidad, Seguridad y Medio Ambiente y Servicios Socioculturales y a la Comunidad, que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, y se modifican parcialmente determinadas cualificaciones profesionales de las familias profesionales de las familias profesionales Seguridad y Medio Ambiente y Servicios Socioculturales y a la Comunidad, recogidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

Para el TS los criterios de realización CR1.3, CR1.4 y CR1.5 de la Realización Profesional 1, de la Unidad de Competencia, invaden atribuciones profesionales que reserva a la Enfermería el artículo 7 de la Ley 44/2003, pues “*la supervisión recae sobre actuaciones típicamente sanitarias. De ahí se puede concluir que, pese a no implicar, como insiste en decirnos el Abogado del Estado, asistencia directa a pacientes o a usuarios de los servicios sociosanitarios, dicha supervisión es susceptible de incidir en la labor profesional de enfermeros u otros profesionales sanitarios.*”

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Modificación de plantilla orgánica: procedimiento de oficio

STSJ de Castilla-La Mancha de 3 noviembre de 2022

Se solicita que se dicte sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso administrativo “*se condene a la Administración demandada a proceder, sin demora, a modificar las plantillas orgánicas de las diferentes gerencias del SESCAM de tal forma que quede establecido el Concurso como procedimiento normal de provisión de puestos y cargos contemplados en las mismas, acudiendo al sistema de libre designación de forma excepcional y con la debida justificación, para los supuestos de especial responsabilidad y confianza que así lo requieran; con todos los efectos que sean inherentes; y con expresa condena en costas a la Administración demandada.*”

La pretensión no prospera porque no resulta adecuada la vía instada de ejecución de acto firme del DG de RRHH; no cabe invocar en este caso el silencio administrativo positivo en un procedimiento (modificación de plantillas orgánicas), que se inicia de oficio:

“En efecto, lo que no se puede obviar, como pretende la parte apelante, es que el supuesto legal del segundo inciso del art. 43 1 LRJ PAC (la excepción del efecto positivo) se predica de los casos del apartado anterior; que claramente se abre indicando en su encabezamiento como viene referido a “ los procedimientos iniciados a solicitud del interesado...” lo que excluye ese efecto en los casos de peticiones en el marco de procedimientos de oficio a los que se refiere el art.44 de la Ley 30/1992.”

Y en relación con la distinción anterior entre procedimiento iniciado de oficio, y procedimiento iniciado a solicitud del interesado, añade que no se puede confundir la presentación de una solicitud (en este caso dirigida a la modificación de la plantilla orgánica del SESCAM) con un procedimiento iniciado a instancia de parte:

“nuestra jurisprudencia insiste en que una petición de un interesado no comporta un procedimiento iniciado a solicitud del interesado en los términos del art. 43.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y si partimos de la naturaleza jurídica propia de las plantillas orgánicas, tal y como se describe en el art. 2 de la Orden, no hace posible que nos encontremos ante actos aislados – como sostiene la parte apelante-, al ser su modificación, como su aprobación inicial, una actividad administrativa competencia de las Gerencias del Sescam adoptada en atención a las necesidades de planificación y tras las

directrices fijadas previamente por el Consejo de Gobierno, dentro de los límites presupuestarios para el periodo correspondiente, entrando en juego la potestad de autoorganización.”

IV. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. No procede denegar la medida de exención de guardias por falta de personal suficiente para atender su realización

STSJ de Castilla y León 10/2023, de 9 de enero

El recurrente, especialista en Hematología y Hemoterapia, en situación de incapacidad temporal por síndrome post-covid, ha solicitado la adaptación de su puesto de trabajo mediante la exención de la realización de guardias de presencia física; esta solicitud ha sido desestimada por las resoluciones administrativas impugnadas, que son confirmadas por la sentencia de instancia.

En la sentencia de instancia se desestima el recurso, en esencia, por estimar justificada la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo del actor por no ser posible disponer de personal que realice las guardias.

A este respecto, la Sala advierte que *“La adaptación o no del puesto de trabajo debe referirse a las condiciones del puesto de trabajo mismo, pero no a la disponibilidad de recursos humanos para su cobertura pues en caso contrario se está haciendo depender la salud del empleado público de la mejor o peor organización del servicio por parte de la Administración, y con ello no es que el recurrente organice el servicio, sino que lo que hace es oponerse justificadamente al motivo que se le ha esgrimido para no acceder a su solicitud.”*

2. Derecho al salario, aunque los efectos secundarios de una vacuna impidan o recomienden no trabajar.

STS 201/2023, de 16 de marzo.

La empresa AIR NOSTRUM LINEAS AÉREAS DEL MEDITERRÁNEO SA, tras ofrecer la vacunación frente al covid19 a los pilotos, y siguiendo la recomendación de la Agencia de Seguridad Aérea de la Unión Europea, desprogramaba la actividad de vuelo de los pilotos durante 48 tras la

vacunación. La empresa considera estos permisos como no retribuidos.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 31 de marzo de 2022 condena a la demandada Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA a que, con efectos retroactivos desde el inicio del periodo de vacunación COVID, reconozca y abone a los pilotos y tripulantes de cabina de pasajeros (TCP) los días y horas de trabajo desprogramados a consecuencia de la administración a los mismos de la citada vacuna.

Frente a dicha sentencia se interpone por la empresa demandada recurso de casación. La Sala considera que la desprogramación que han sufrido los afectados por el conflicto colectivo, consecuencia de tener que estar al menos 48 horas sin actividad de vuelo, tras ser suministrada la vacuna del Covid-19, como decisión de la empresa, no debe perjudicar al trabajador.

Esa falta de actividad no deja de ser una medida en materia de prevención de riesgos laborales que no debe trasladarse en su coste hacia el trabajador lo que se traduce en no perder la retribución que en esos días hubieran percibido de no adoptarse esa medida de protección eficaz frente a los efectos secundarios que la vacunación pudiera provocar.

V. PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIOS

1. La cesión de datos sanitarios a las fuerzas y cuerpos de seguridad a la luz de la STS (sala de lo penal) de 16 de diciembre, nº 971/2022

STS de 16 de diciembre, nº 971/2022, nº rec 10245/2022.

1) La ley interna española, de conformidad con las posibilidades otorgadas por el ordenamiento comunitario, impone que exista una autorización judicial y que esté específicamente dirigida a un procedimiento de investigación concreto, cuando se pretendan los datos clínico-asistenciales correspondientes a un determinado e identificado individuo.

2) Es posible la petición de datos personales por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en el ejercicio de las funciones de policía judicial que le encomienda el artículo 549.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, exigiendo, además, que la reclamación se efectúe de forma motivada, concreta y específica e informando en todo caso a la autoridad judicial y fiscal.

3) Sin embargo, “la reciente regulación define que la adquisición de datos por los agentes policiales no es ilimitada, disponiendo el mismo precepto (art. 7.3) que la autorización a los funcionarios policiales no resulta de aplicación «cuando legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos necesarios para el cumplimiento de los fines del artículo 1». Una remisión legal que impone la autorización judicial expresa en los supuestos contemplados en el artículo 16 de la Ley 41/2002, esto es, cuando se trata de recoger y tratar datos no anonimizados que pertenezcan a la Administración sanitaria o a los prestadores de servicios de salud, esto es, cuando se reclamen datos identificativos y clínico-asistenciales unificados.

2. Sanción disciplinaria a una médica por acceder a la historia clínica de su madre

STSJ Galicia de 2 de noviembre, nº 826/2022, rec. 303/2021.

La Médico de Atención Primaria que sin la autorización correspondiente, careciendo de responsabilidad asistencial sobre la paciente, que es su madre, y sin que conste registrada actuación sanitaria justificativa para ello, accedió en 188 ocasiones, durante el período comprendido entre el 21 de marzo de 2018 y el 28 de marzo de 2019, bajo la motivación de “responsabilidad asistencial sobre el paciente o revisión de historial clínico para completar el historial”, a la hoja evolutiva (IANUS); tuvo acceso a 221 informes médicos entre el 2 de abril de 2018 y el 7 de marzo de 2019 relativos a su progenitora. Dichos hechos fueron denunciados por el Jefe del Servicio de Medicina Intensiva del CHUAC, así como la utilización abusiva de los datos obtenidos.

La Sala manifiesta que la existencia de vínculo familiar con la paciente no faculta al profesional sanitario a acceder a sus datos clínicos:

“El hecho indiscutido de que la actora sancionada sea hija de la paciente y, a la vez Médico de Atención Primaria, no le confiere derecho alguno para acceder a su historial clínico, sin ajustarse a la normativa expuesta. Al contrario, como conocedora de dicha regulación, pesa sobre ella un plus de obligatoriedad de cara a su cumplimiento. Ni su condición de Médico, aun cuando desempeñase su actividad en el CHUAC, cosa que no sucede, que le permite acceder a los datos electrónicos de historial clínico, ni el estado de ansiedad que, obviamente, le suponía la grave enfermedad de su progenitora, le autorizan para soslayar la protección de datos

tan íntimos como los que afectan a la salud de los pacientes a los que no asisten profesionalmente; es más, siendo médico, fácil le hubiera resultado disipar las dudas que le embargasen respecto a la situación clínica de su madre, consultando con sus colegas profesionales encargados de su asistencia o bien haber solicitado la previa autorización por los cauces establecidos. No lo hizo así y se prevaleció de su cualidad de personal sanitario del SERGAS para ese proscrito acceso”.

VI. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Trato diferenciado en la retribución del complemento de categoría entre titulados superiores sanitarios y no sanitarios

STS 81/2023, 31 de Enero de 2023.

La demandante presta servicios en el Hospital de Fuenlabrada con la categoría de “Titulado superior no sanitario” mediante un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, y solicita que se le abonen los mismos complementos retributivos que se reconoce al personal sanitario titulado superior.

En el grupo profesional I del convenio colectivo se encuadran tres categorías profesionales - titulado superior especialista, titulado superior sanitario y titulado superior no sanitario - a quienes se abona el mismo salario, como no podría ser de otro modo, puesto que todas ellas se integran en el grupo profesional referido.

La Sala considera razonable la desigualdad retributiva existente entre ambos colectivos, y pactada por los negociadores del convenio en atención al valor añadido que aportan las profesiones sanitarias:

“la aportación a los fines del hospital de las profesiones sanitarias es cuantitativa y cualitativamente superior de aquellas que no lo son, lo cual no comporta, de ningún modo, que estas profesiones no sean necesarias e incluso esenciales para el funcionamiento del hospital, pero es patente que el hospital no podría desempeñar sus funciones sin el personal sanitario correspondiente y sería inviable el cumplimiento de sus fines.”

2. Nulidad del despido de trabajador por negarse a vacunarse contra el COVID-19

STSJ Galicia nº 5132/2022, de 14 de noviembre, nº Rec. 3602/2022.

Nada tiene que ver la aceptación o no de la vacunación con la actividad laboral, se trata de una cuestión que es ajena al trabajo, y, por tanto, el empresario nada puede ordenar en este sentido al trabajador.

VII. RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. La información dada al tío del paciente menor de edad, médico, no desplaza a la información que se debe suministrar a los padres

STSJ de La Rioja nº 347/2022 de 10 noviembre.

Paciente de once años de edad, que tras ser diagnosticado de una hemangioma en planta del pie izquierdo, malformación venosa, es intervenido mediante la praxis de embolización de malformación vascular por radiología intervencionista, consistente en una punción directa de la lesión, administrándole por esa vía 4 cc de espuma de polidocanol.

El mismo día de la intervención el paciente cursa dolor intenso, apreciando horas más tarde isquemia evolucionando a necrosis en el pie izquierdo. Situación crítica que obliga a derivar al paciente a Madrid donde llega con isquemia arterial irreversible, por lo que tuvo que ser amputado parcialmente el pie izquierdo y sometido a cuatro intervenciones más, con implantación de prótesis. Todo ello le ha causado severas repercusiones físicas y psíquicas, que impiden al menor un desarrollo de una vida normalizada.

La Sentencia denuncia la falta de información sobre el riesgo de fuga del agente embolizante a territorios distales, que es una rara complicación de este tipo de intervención. Añade que a estos efectos no cabe dar por cumplido este requisito por el mero hecho de que se hubiese informado al tío del menor, que es colega de los profesionales intervinientes:

“...nunca se informó ni por escrito ni verbalmente de este riesgo a los padres del menor. Por lo que nos encontramos de nuevo con una clara infracción de la lex artis.

La información verbal que se pudo transmitir al tío del paciente como médico colega de los profesionales que intervendrían en la operación, no puede ser en ningún caso sustitutiva

del necesario consentimiento informado otorgado por los padres del menor, una vez que estos han recibido la debida información detallada sobre el tipo de intervención, procedimiento, alternativas y riesgos que puede conllevar esta operación.

Nos encontramos, en el presente recurso, con una omisión completa del consentimiento informado; no consta acreditado documentalmente en la historia clínica y no ha podido constatar en fase probatoria que se haya llevado a cabo una debida información verbal a los padres del menor. La omisión de la obligación de informar adecuadamente a los titulares de la patria potestad del menor, sobre los riesgos que entraña la intervención quirúrgica y las consecuencias que de la misma pueden derivar no puede pasarse por alto. Se ha privado al paciente, en este caso, a sus padres, de la oportunidad de optar por el sometimiento o no a su hijo a una intervención. Se infringe, en definitiva, el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento.”

VIII. FACTURACIÓN POR GASTOS SANITARIOS

1. Asistencia a neonata en centro público derivada de centro privada, siendo la madre mutualista

STSJ Illes Balears de 21 de septiembre, nº 567/2022, rec. 378/2021

Se discute si resultan procedentes las liquidaciones giradas por el IB-SALUT a la aseguradora DKV, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a la niña neonata, derivada desde la clínica privada en la que tuvo lugar el parto, un total de 172.257,65 € por el período de 106 días de ingreso hospitalario. La madre es beneficiaria de MUFACE, y tiene concertada la asistencia sanitaria con la referida aseguradora.

Por decisión facultativa, el mismo día del nacimiento la menor es derivada a los servicios de urgencias de un hospital público. El 13.02.2014, estando ingresada la menor en el centro sanitario público, la entidad DKV ofrece a los padres su derivación y asistencia a otra Clínica concertada, lo que es declinado por éstos que deciden inscribir el mismo día a la menor como beneficiaria del derecho a la asistencia sanitaria pública del padre, afiliado de la Seguridad Social.

El INSS inscribe a la menor como beneficiaria en la indicada fecha y expide documento acreditativo del derecho a la asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud. El IBSALUD expide tarjeta sanitaria a favor de la menor.

La menor continuó atendida en el mismo hospital público hasta su fallecimiento.

La sentencia de instancia considera ajustada a Derecho la reclamación de la Administración por aplicación del principio de continuidad asistencial, previsto en el Concierto entre MUFACE y DKV en los siguientes términos:

“cuando el beneficiario haya acudido a medios no concertados a consecuencia de una denegación de asistencia ocasionada por que la entidad no ha ofrecido una alternativa asistencial válida en los plazos establecidos en la cláusula 5.2.1, o porque haya autorizado la remisión a un facultativo centro concertado, la entidad debe asumir, sin exclusiones, los gastos ocasionados por el proceso asistencial hasta el alta del mismo.”

Por el contrario, la aseguradora DKV alega que la neonata nunca fue beneficiaria de MUFACE, sino que fue inscrita como beneficiaria del derecho a la asistencia sanitaria pública del padre, afiliado de la Seguridad Social. Y que, en aplicación de lo previsto en el art. 15.3º del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, MUFACE -a través de DKV- únicamente está obligada a la prestación sanitaria al no beneficiario *“durante los primeros quince días desde el momento del parto”*. Se solicita que la factura se expida únicamente por los gastos generados entre el 10 y el 13 de febrero de 2014, subsidiariamente, por los generados durante los primeros 15 días desde el momento del parto.

La discrepancia radica en determinar si esta obligatoriedad de abono se extiende durante todo el período de ingreso y hasta el alta (en aplicación del principio de continuidad en la atención sanitaria) o, por el contrario, rige el régimen excepcional de asistencia obligatoria al recién nacido y por parte de la entidad que atiende a la madre, pero hasta el plazo máximo fijado en la normativa en materia de mutualismo administrativo, los 15 días.

Criterio de la Sala:

“Por lo anterior, entendemos que el principio de continuidad en la asistencia sanitaria, que obliga a la MUFACE o Entidad que acuerda

derivar la asistencia a centro público a asumir los costes de hospitalización hasta el alta, lo es para aquellos supuestos en que afecta a un beneficiario de MUFACE. Pero repetimos que la menor nunca fue beneficiaria de MUFACE, por lo que la cobertura de ésta o la Entidad concertada, únicamente se extiende durante los primeros 15 días impuestos por el 15,3º del mismo RDL 4/2000 y cláusula 1.3.2 del Convenio.”

2. Atención sanitaria por Covid a paciente mutualista

STSJ Madrid de 30 de septiembre nº 741/2022, rec. 297/2022 (Sec 6ª)

“Estamos ante actuaciones de salud pública de la exclusiva competencia de las administraciones sanitarias competentes, y que han sido objeto de financiación extraordinaria a tales efectos mediante el Fondo COVID-19 del que no se benefició la sanidad privada;

STSJ Madrid de 21 de octubre nº 959/2022, rec. 1668/2021. (Sec 8ª)

“No se trataba de una actuación en materia de salud pública propiamente dicha, menos aún de una actuación de vigilancia epidemiológica, como postula la parte demandante, sin perjuicio, claro está, de la necesaria comunicación a las autoridades sanitarias sobre los casos atendidos por COVID-19 (...) tratándose en este caso de prestaciones de asistencia sanitaria (concretamente, de hospitalización) no excluidas de la cartera de servicios a realizar dentro del Concierto con MUFACE”.

Otras sentencias contradictorias:

STSJ Extremadura nº 117/2023, de 2 de marzo, nº rec. 443/2022.

“No procede facturar”.

STSJ de Valencia, nº 1220/2022, de 30 de noviembre, nº. 337/2022.

“Sí procede facturar.”

Cuestión de interés casacional planteada recientemente sobre este mismo asunto, asistencia sanitaria por COVID a paciente mutualista:

- ATS 22-03-2023, rec. 5545/2022.
- ATS de 27 abril de 2023.

3. Incapacidad temporal: modificación de contingencia y asunción de gastos sanitarios

STS 978/2022, 20 de Diciembre de 2022.

El 3 de marzo de 2016 el trabajador inició un proceso de baja médica (en principio derivada de contingencia laboral), cuya cobertura correspondía a Mutual Midat Cyclops que cubría las contingencias profesionales de la empresa en que prestaba servicios. La mutua inició proceso de determinación de la contingencia y el INSS dictó resolución fijándola en accidente no laboral. El coste de la asistencia sanitaria para la mutua hasta la modificación de contingencia asciende a 14.288,12 € desglosada en conceptos de visitas, urgencias médicas, desplazamientos, rehabilitación y estancia hospitalaria.

La Mutua puede resarcirse hasta el límite que fija la normativa aplicable como si la contingencia hubiera sido de enfermedad común, y se debieran los gastos causados por el Servicio de Salud.

El tope en el reintegro o resarcimiento se ubica, por tanto, en el que la normativa establece para el supuesto de contingencia por enfermedad cuyos gastos causados fueran a cargo del Servicio de Salud de una CCAA.

STS 165/2023, 23 de Febrero.

Un trabajador de una empresa que tenía concertada la cobertura de las contingencias comunes y profesionales con la Mutua Fremap acudió a consulta en los servicios médicos de Fremap, por dolor lumbar irradiado a miembro inferior izquierdo.

La empresa remitió a la mutua parte de accidente correspondiente al día 27/8/2011. El 27/9/2011 se inició situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. La mutua atendió al trabajador en una primera asistencia y en dos consultas posteriores, y lo sometió a una infiltración. En concepto de gastos de desplazamiento abonó 272,35 euros y en gastos de farmacia 107,23 euros.

Considerando la mutua el carácter común de la enfermedad padecida por el trabajador, solicitó del INSS cambio de contingencia. El INSS dictó resolución por la que declaró el carácter de enfermedad común de la incapacidad temporal, y la Mutua reclamó al SAS las cantidades abonadas en concepto de gastos ascendentes a 4595,73 euros.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla condenó al SAS a abonar a la mutua 1145,62 euros, más 272,35 euros por gastos de transporte y

188,48 euros de gastos farmacéuticos ajenos; es decir, un total de 1606,45 euros.

El SAS recurrió en suplicación la sentencia del juzgado de lo social, siendo desestimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, sede de Sevilla.

La sentencia del TSJ desestimó el primer motivo de suplicación del SAS en el que este sostenía que, como la mutua tenía concertada la incapacidad temporal por contingencias comunes, debía soportar los gastos de asistencia sanitaria cuyo reintegro reclamaba.

La cuestión que se plantea en casación es si, tras el cambio de calificación de profesional a común de la contingencia, la Mutua Fremap tiene derecho a que el Servicio Andaluz de Salud (SAS) le reintegre los gastos de desplazamiento y farmacéuticos en que incurrió.

Respuesta del TS:

“La STS 23 de noviembre de 2004 (rcud 5558/2003) no es fundamento suficiente para ello, en primer lugar, porque esta sentencia no examina la específica cuestión del reintegro de los gastos de transporte, sino que analiza la cuestión general del reintegro de los gastos de asistencia sanitaria, reintegro que reconoce, al igual que lo hace la sentencia recurrida, pero sin que -insistimos- la STS 23 de noviembre de 2004, examine si corresponde, concretamente, el reintegro de los gastos de transporte.

En consecuencia, no resulta posible concluir que la STS 23 de noviembre de 2004 haya sentado doctrina alguna sobre el reintegro de los gastos de transporte.

La misma conclusión llegamos con el reintegro de los gastos farmacéuticos, reintegro al que el SAS ha sido igualmente condenado por la sentencia recurrida, confirmando la resolución de instancia.”

IX. PRESTACIONES SANITARIAS

1. Medicamento no financiado por el SNS dispensado a pacientes en otras CCAA

STSJ Extremadura 47/2023, 2 de Febrero de 2023

Es objeto de impugnación por la Administración sanitaria la sentencia que obliga al SES a suministrar el tratamiento prescrito del medicamento RAXONE (medicamento no financiado por el SNS)

La sentencia, tras exponer diversas circunstancias de la etiología del paciente y tras la transcripción de una argumentada sentencia de un TSJ, concluye que:

- a) El tratamiento estaba prescrito y es necesario para tratar la NOHL
- b) Que 46 personas han sido dispensadas desde 2012 por la sanidad pública y
- c) Que se dan supuestos similares a los de la sentencia expuesta y
- d) Que la no dispensación vulnera el derecho fundamental a la integridad y a la igualdad.

La Sala estima el recurso de la Administración, pues:

- a) No hay afectación del derecho a la vida y a la integridad física:

Como recoge la doctrina constitucional, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma. Y, en este caso:

“Resulta evidente que la no dispensación de un medicamento, cuyos beneficios no están acreditados de manera fehaciente y que en todo caso como establecen los informes terapéuticos nacionales que obran en las actuaciones, son mínimos y que no implican un beneficio significativo no implican ni un peligro grave, ni un riesgo inminente para la salud y la vida, en todo caso supondría un beneficio potencial mínimo pero que no curaría ni sería esencialmente paliativo de la NOHL. Asimismo, y si es cierto que la Doctora lo prescribe, no se comparte tal decisión por otro organismo técnico y profesional como lo es la Comisión de uso compasivo. En consecuencia, debemos descartar vulneración al Derecho a la integridad.”

Añade de otra parte, que la decisión de la prescriptora no fue confirmada por otro órgano técnico:

“Asimismo, y si es cierto que la Doctora lo prescribe, no se comparte tal decisión por otro organismo técnico y profesional como lo es la Comisión de uso compasivo.”

- b) No se vulnera el derecho de acceso en condiciones de igualdad al medicamento, ya que la dispensación de este medicamento ha tenido lugar en el territorio de otras CCAA.

“...la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad determinó transferencias a las comunidades autónomas en materia de sanidad, por ello debe ser matizadas las actuaciones que se han realizado en cada comunidad sin que conste que en Extremadura se haya dispensado el citado medicamento.”

Y añade:

“En definitiva y retomando la cuestión, el hecho de que, a 46 pacientes de diversas comunidades, ninguno de Extremadura, en un periodo amplio de tiempo se les suministrara el RAXONE que es un medicamento no financiado por el SNS y sin saber a cuantos se les ha denegado o no prescrito y el resto de circunstancias concretas, no puede tildarse de vulneración al derecho de igualdad, máxime cuando la denegación no es arbitraria o irracional, sino que se ajusta a la normativa. Pese a lo que sostiene la recurrida en su oposición al recurso y aunque estamos de acuerdo en las normas sobre carga probatoria, entendemos que la administración ha aportado lo que debe aportar y reiteramos que los términos comparativos que se poseen no pueden ser determinantes para concluir que ha existido vulneración del principio de igualdad. Todo lo anterior desemboca en la estimación de la apelación”.

2. Constitucionalidad del art. 156 del C.C.

STC 106/2022 de 13 Septiembre Rec. 5570/2021.

El párrafo segundo del artículo 156 CC, en la redacción que le otorga la reforma operada por la Ley 8/2021, tiene la siguiente redacción: *“Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado*

de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos”.

No se advierte que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los supuestos que el precepto establece —caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores— sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contraenga el interés del menor.

3. El Tribunal Constitucional fija doctrina sobre la vacunación de personas con discapacidad al amparo de la ley de autonomía del paciente

STC 30/2023, de 20 de abril de 2023

El TC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto por el hijo y tutor de la persona afectada, una mujer de avanzada edad aquejada de una demencia severa (ocasionada por el trastorno neurológico denominado “enfermedad de Alzheimer”) que le impedía prestar por sí misma consentimiento para la administración de la vacuna frente a la infección de COVID-19. La decisión adoptada por los tribunales del orden civil, fue autorizar, a instancias del Ministerio Fiscal, la vacunación.

El TC parte de la premisa de que la vacunación no consentida supone una restricción del derecho fundamental a la integridad personal, lo que requiere la existencia de una habilitación legal precisa, orientada a la consecución de una finalidad legítima, así como la superación de un juicio de proporcionalidad.

En este contexto resultaría plenamente aplicable la previsión recogida en el art. 9.6 de la Ley 41/2002, que tiene la finalidad exclusiva de proteger los intereses de la persona afectada en una situación en la que esta no puede prestar por sí misma un consentimiento válido estando en peligro su salud.

Respecto del caso planteado, el TC declara que la resoluciones judiciales impugnadas hicieron una ponderación correcta de los intereses de la persona con discapacidad, pues esta, por el estado evolutivo de su enfermedad, carecía de toda posibilidad de manifestar su voluntad y la vacunación reportaba, en una ponderación basada en criterios objetivos acordes al contexto concretamente enjuiciado, mayores beneficios que perjuicios desde el punto de vista de la protección de su salud individual.

4. Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo

STC de 9 May. 2023, Rec. 4523/2010

4.1. Derecho fundamental de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo.

- Anclaje constitucional del derecho fundamental de la mujer:

“La decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el art. 10.1 CE, que consagra “la dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad”, y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral”.

- La imposición de una maternidad forzada supone una instrumentación de la persona contraria al art. 15 de la CE.

4.2. La vida prenatal como bien constitucionalmente protegido y límite a los derechos de la mujer vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo.

- El límite a los derechos fundamentales de la mujer se encuentra en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal, a la que se ha reconocido el carácter de bien constitucionalmente protegido.

- El derecho a la vida viene marcado por el hecho del nacimiento:

“Ahora bien, este tribunal también ha afirmado de forma inequívoca que la titularidad del derecho a la vida proclamado por el art. 15 CE corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos pero todavía no han nacido. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales. En el caso de la vida prenatal no nos encontramos, pues, ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del art. 15 CE”.

4.3. El sistema de plazos

- Conformidad de esta opción regulatoria con texto constitucional.

- Protección gradual de los derechos de la mujer en función del estado gestacional:

“Satisface el deber estatal de protección de la vida prenatal con medidas preventivas y sancionadoras, cuyo peso varía conforme avanza el proceso de gestación- y lo hace sin vulnerar los derechos de la mujer”.

- El doble carácter del modelo de plazos: supone a) un mecanismo de protección de la vida prenatal, y recíprocamente, b) una medida restrictiva de los derechos de la mujer.

“Dicha restricción se traduce en la exigencia de que, con posterioridad a la semana catorce de gestación, concurren circunstancias adicionales a la libre voluntad de la mujer para la interrupción legal del embarazo, conectadas con otras facetas esenciales de sus derechos fundamentales”.

4.4. Interrupción de embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación

- El Estado no renuncia a proteger la vida prenatal durante las catorce primeras semanas.

“Se trata de compatibilizar dicha protección con la garantía de los derechos constitucionales de la mujer embarazada, a quien concibe como persona adulta, responsable y titular de derechos fundamentales, cuyo contenido también ha de respetarse.”

- Información del art. 17.2 de la Ley Orgánica puesta a disposición de la mujer - por escrito y en un sobre cerrado – suficiente
- Prevalencia de los derechos de la mujer.

“No cabe afirmar en modo alguno que la ley, ante el conflicto entre derechos fundamentales y bienes jurídicos que la interrupción voluntaria del embarazo genera, haya dado prevalencia absoluta a los derechos constitucionales de la mujer. Lo que hace el legislador es definir el ámbito mínimo que considera “razonable” para que la mujer tenga una oportunidad real y efectiva de hacer valer sus derechos constitucionales, sin desproteger la vida prenatal.

- “Dies a quo” para el cómputo del plazo de las catorce semanas. No existe inseguridad:

“Aunque en el estado actual de evolución de la ciencia médica exista un margen de apreciación respecto de cuál es el momento exacto de

comienzo de la gestación, no resulta exigible mayor precisión. Existen instrumentos interpretativos suficientes para evitar que se genere inseguridad jurídica en la aplicación de la norma a los casos concretos”.

4.5. Interrupción del embarazo por causas médicas.

- Indicación terapéutica.
 - i) Se exige para la concurrencia de la indicación terapéutica, una afectación particularmente significativa de los derechos de la mujer embarazada a la vida o a la integridad física y moral (art. 15 CE) -un riesgo “grave” para su vida o salud-
 - ii) Esa afectación de los derechos de la mujer a la vida y la integridad física y moral ha de quedar necesariamente constatada con carácter previo -salvo casos de urgencia por riesgo vital - por un médico especialista.
 - iii) Carece de sentido la alegación relativa a la “imposibilidad de control” del supuesto de hecho habilitante de esta indicación terapéutica, ya que, si el riesgo grave exigido por la norma no quedase acreditado a través de dictamen médico, sencillamente no concurriría dicho supuesto habilitante, a excepción de los casos de urgencia por riesgo vital.
- No se discrimina a los concebidos con discapacidad.

“De los textos internacionales no puede concluirse que exista una obligación de los Estados de atribuir al concebido la consideración de “persona” a efectos de reconocerle la titularidad de derechos y, en concreto, del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación. Por el contrario, lo que se desprende de las normas, la jurisprudencia y la práctica internacional”.

- Los términos “graves anomalías en el feto”; “anomalías fetales incompatibles con la vida” y “enfermedad extremadamente grave e incurable”, no generan inseguridad jurídica.

“Los términos cuestionados, aunque contienen un margen de apreciación, son susceptibles de ser definidos de forma “acorde con el sentido idiomático general” (STC 53/1985, FJ 10), lo que elimina el temor de una absoluta

indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible”.

- La STC 53/1985, es compatible con la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por indicación embriopática.

i) La ciencia solo permite conocer la existencia de anomalías más allá de las 14 semanas:

“La detección de una gran parte de estas anomalías se lleva a cabo en el entorno de la semana catorce de gestación, y muchas de ellas no llegan a ser detectadas o confirmadas dentro de ese plazo, sino en un momento muy posterior, que se aproxima más al plazo establecido por la Ley Orgánica de las 22 semanas (piénsese en todos aquellos casos en que sea preciso llevar a cabo una amniocentesis o cordocentesis para el diagnóstico).”

ii) Si no se permitiera esta opción, se vería afectado el libre desarrollo de la mujer:

“De no extenderse más allá de las catorce semanas el plazo concedido a la mujer para adoptar su decisión acerca de la continuación o no del embarazo en caso de detección de graves anomalías fetales, se le estaría privando de facto de la posibilidad de tener en cuenta esta circunstancia, extraordinariamente relevante en todos los sentidos, a la hora de adoptar su decisión, bien porque en el momento de la detección carece del tiempo necesario para poder reflexionar de modo sereno y reposado antes de decidir, bien porque tal detección se produzca incluso fuera del plazo de las 14 semanas.”

“El libre desarrollo de la personalidad, como principio dotado de un valor preferente por el art. 10.1 CE, experimenta una afectación adicional en estos casos que legitima el que se conceda a la mujer embarazada un plazo superior a las catorce primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo. Solo así se garantiza adecuadamente que la decisión que adopte pueda tomar en cuenta la probable presencia de anomalías fetales graves y las eventuales consecuencias de tales anomalías para sí misma y para su hijo o hija (discapacidad que podría llegar a tener su hijo o

hija, incidencia de esa discapacidad sobre su desarrollo y calidad de vida, ayudas o recursos públicos de apoyo a la discapacidad con que podría contar, etc..).”

- *“Anomalías fetales incompatibles con la vida”.*

i) Se afirma por la recurrente que autoriza la práctica de abortos sobre fetos viables:

“Sin embargo, lo que la Ley autoriza es la interrupción del embarazo respecto de fetos cuyas anomalías son “incompatibles con la vida”, esto es, respecto de fetos no viables”.

- Respecto al supuesto relativo a que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

i) Sí son fetos viables, pero:

“No puede compartirse que frente al valor de la vida en formación en estos casos no exista “ningún valor digno de reconocimiento que pueda oponérsele”.

ii) No cabe imponer sacrificios desproporcionados a la gestante:

“Desde este punto de vista, consideramos que, en estas circunstancias absolutamente excepcionales, imponer bajo amenaza penal la continuación del embarazo o un parto pretérmino constituye un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales de la mujer.”

4.6. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo

- Interpretación de la legalidad ordinaria a favor de la mujer.

i) El embarazo solo afecta a la mujer:

“Tanto el embarazo como su eventual interrupción son fenómenos que afectan de manera exclusiva a las mujeres, y las limitaciones injustificadas o desproporcionadas de sus derechos derivadas de tales acontecimientos, anudados indisolublemente a su sexo, constituyen una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE”

- ii) La igualdad exige proteger tanto la maternidad como la IVE:

“Para lograr que la igualdad entre hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida sea real y efectiva no basta con proteger de manera reforzada los derechos y expectativas legítimas de las mujeres que optan por la maternidad. Es igualmente necesario proteger los derechos de aquellas mujeres que, ante un acontecimiento asociado a su sexo como es el embarazo, deciden interrumpirlo libremente, dentro de los supuestos y condiciones establecidos por la propia ley.”

- iii) Como consecuencia obligada de lo anterior:

“Deriva la necesidad de interpretar cualquier limitación de los derechos de las mujeres fundada en acontecimientos que sólo a ellas pueden afectar -en el presente caso el derecho a decidir acerca de la continuación o no del embarazo dentro de los supuestos y condiciones establecidos por el legislador- del modo más favorable a la eficacia de tales derechos.”

4.7. Objeción de conciencia de profesionales de la administración sanitaria

- La objeción de conciencia, debe ser objeto de una interpretación estricta.

• *“Directamente implicados”* se refiere solo a aquellos profesionales sanitarios que intervienen de modo directo en la ejecución del aborto, cualquiera que sea su categoría profesional y su actuación.

- i) Excluidas actuaciones auxiliares, administrativas o de apoyo instrumental a cargo de profesionales que, por lo demás, no tienen por qué conocer la naturaleza y circunstancias de la intervención clínica de que se trata.

- Mandato dirigido a las administraciones públicas sanitarias:

“...para que adopten las medidas organizativas necesarias para garantizar la prestación, con la finalidad de compatibilizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios con el derecho de la mujer a acceder a la prestación sanitaria que están obligados a garantizar.”

- Constitucionalidad de la exigencia de que la objeción se manifieste anticipadamente y por escrito:

“Que tal exteriorización haya de realizarse “anticipadamente” y “por escrito” no constituye una restricción desproporcionada del ejercicio del derecho, ni contraria a su contenido esencial. Tales requisitos no limitan el contenido del derecho, solo regulan las condiciones de su ejercicio en atención al fin legítimo que justifica la imposición del deber de cuyo cumplimiento se pretende la exención: la garantía de la prestación del servicio a la que está obligada la administración sanitaria. Que la objeción se realice “anticipadamente” parece imprescindible para poder organizar el servicio y garantizar la prestación; y la exigencia de que la exteriorización se realice “por escrito” es una formalidad orientada al mismo fin”.

4.8. Inclusión de la perspectiva de género en la formación de profesionales:

- La introducción de la perspectiva de género en la educación sanitaria sexual y reproductiva.

“Es un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.”

- Objeción de conciencia en el ámbito universitario respecto a *“la práctica clínica de la interrupción del embarazo”*:

- i) No se deriva del texto constitucional esta otra manifestación de la OC:

“El derecho a la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo garantiza al personal sanitario la posibilidad de abstenerse de la intervención directa en la ejecución de abortos. Pero fuera de estos casos ni del art. 16 CE, ni de ningún otro precepto constitucional se deriva una obligación del legislador de extender su alcance al ámbito académico, garantizando el derecho a la objeción de conciencia respecto de determinadas asignaturas.”

- ii) No se puede equiparar la obligatoriedad en la ejecución de un aborto con la obligatoriedad en cuanto a su enseñanza:

“La concreta y personal afectación de la conciencia y las creencias personales que

puede generar la participación directa en la ejecución del aborto no es equiparable a la que pueda derivarse de la obligatoriedad de la enseñanza o estudio de su práctica clínica, en la medida en que no implique participación directa en la interrupción del proceso vital en gestación.”

5. Claves de la STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 sobre la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023.

5.1. El derecho a la vida y el derecho de autodeterminación de la persona.

La regulación legal del derecho subjetivo de naturaleza prestacional -la eutanasia activa directa- tendría amparo en la Constitución (CE) en forma de derecho de autodeterminación de la persona para que pueda decidir el modo y el momento de su muerte, en los art. 15 (derecho fundamental de integridad física y moral) y 10.1 (principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad).

El TC defiende que la Constitución no acoge una concepción de la vida -ya como derecho fundamental, ya como bien jurídico a proteger- desconectada de la voluntad de la persona titular del derecho e indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir; y a partir de esta premisa considera que el derecho a la integridad física y moral, en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, protegen un ámbito de autodeterminación que ampara la decisión individual, libre y consciente, de darse muerte por propia mano, en un contexto de sufrimiento extremo como el que describe la ley orgánica cuestionada. Derecho que incluye la facultad de recabar y usar la asistencia de terceros que fuere necesaria para llevar a la práctica la decisión de morir de manera acorde con su dignidad e integridad personal, de manera segura e indolora.

5.2. El deber del Estado de habilitar las vías necesarias para posibilitar la ayuda de terceros:

Como consecuencia obligada que se deriva del reconocimiento del derecho fundamental de autodeterminación del individuo para decidir sobre su muerte, surge el correlativo deber del Estado de regular su ejercicio de modo que resulte compatible con la Constitución. Es lo que ha hecho el legislador, estableciendo medidas de protección suficientes de los derechos y bienes afectados por el ejercicio del derecho de autodeterminación.

5.3. Delimitación del contexto eutanásico:

El padecimiento grave ha de presentarse siempre como una enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables pueden ser de orden psíquico. De manera que la LORE no incluye entre los padecimientos graves la enfermedad psicológica o la depresión

5.4. Cuidados paliativos:

El tratamiento paliativo no constituye una alternativa en todas las situaciones de sufrimiento a las que se refiere el derecho de autodeterminación de la muerte eutanásica.

5.5. El régimen de garantías y controles es adecuado.

5.6. Impugnación de los informes favorables de los médicos intervinientes. Es la Comisión, órgano administrativo, el que reconoce o deniega el derecho a la prestación, no los médicos.

El Tribunal contesta que en el caso de los facultativos no se trata de verdaderas resoluciones sino de informes y dictámenes previos, que solo en el caso de ser desfavorables impiden la continuación del procedimiento, los otros solo hacen viable la solicitud.

En el supuesto de estimación por la Comisión de Garantía y Evaluación de la impugnación por el solicitante del informe desfavorable del médico responsable, aquella no reconoce la prestación, sino que ordena volver a tramitar la fase previa de constatación del supuesto eutanásico con la intervención de otros facultativos. Es la Comisión, órgano administrativo, el que reconoce o deniega el derecho a la prestación, no los médicos.

5.7. Consideración de muerte natural.

En cuanto a la consideración como muerte natural de la causada en materialización de la prestación (disposición adicional primera) se trata de una ficción legal que indica que se debe a causas no violentas ni sospechosas de criminalidad.

5.8. Personas con incapacidad de hecho y su acceso a la prestación

En los supuestos de incapacidad, los requisitos para acceder al reconocimiento del derecho son más estrictos, pues solo se admite cuando el paciente

hubiera suscrito previamente documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. Un documento que ya contemplaba la Ley de autonomía del paciente.

5.9. Remisión a autoridades administrativas para la elaboración de protocolos.

La LORE no remite a instancias administrativas para la determinación de aspectos sustanciales sobre la eutanasia. La ley se limita a encomendar a diversos órganos de la Administración la elaboración de protocolos de actuación y de manuales de buena práctica (art. 5.2 y 17.5)

5.10. Objeción de conciencia.

Son conformes con la Constitución las previsiones que obligan al profesional a informar anticipadamente por escrito y la creación de un registro de profesionales objetores, cuya finalidad es facilitar a la administración sanitaria la organización del servicio y la eficacia del derecho que regula la ley.

Voto particular de Dña Concepción Espejel:

- El procedimiento de designación del médico consultor, en relación con el cual solo se exige que no pertenezca al equipo del médico responsable.
- No se especifica la cualificación profesional de los facultativos; siendo especialmente significativo que no se contemple la exigencia de un especialista en psiquiatría.
- No se prevé la intervención de estos especialistas en supuestos en que el paciente no esté en pleno uso de sus facultades ni pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente.
- No se establece la forma de elección de sus miembros, la proporción entre personal sanitario en sus dos categorías (médico y de enfermería) y jurídico, la cualificación del personal sanitario y de los juristas.
- No actúa colegiadamente, sino que, en principio, basta con que la verificación la efectúen solo dos de sus miembros, cuyo informe, de ser favorable, «servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación».
- La entrevista de los miembros de la comisión con el paciente se contempla exclusivamente como facultativa.

- Cuidados paliativos: Acudir a la eutanasia en vez de a tratamientos paliativos, más costosos, puede erigirse con el tiempo en factor de presión a favor de la primera.

- La STC no contempla al mismo nivel un derecho fundamental a los cuidados paliativos, ni exige una garantía suficiente de la efectiva disponibilidad de los mismos.

- Incapacidad de hecho:

- La eutanasia sin más requisitos que el médico responsable certifique la referida incapacidad de hecho y haber suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas

- No se exige que la incapacidad de hecho sea irreversible.

- El DVA no puede recoger la voluntad libre y actual de la persona, en el momento crucial de la solicitud de la eutanasia, solicitud que será formulada por un tercero.

- No se excluye que el documento fuera otorgado cuando la persona aún no sufriera ninguno de los padecimientos que en un momento posterior pudieran justificar la solicitud de la ayuda para morir, de modo que cuando lo otorgó carecería de información sobre su proceso médico, sus posibles alternativas.

- Solo se exige que la persona capaz presente el documento de instrucciones previas, sin que deba tener parentesco alguno, ni manifestar ni acreditar la forma en que tuvo acceso a dicho documento. Tampoco se contempla que el mismo debiera estar incorporado a algún registro público u otorgado de forma que garantice su autenticidad.

6. Documento de voluntades anticipadas y acceso a la prestación de ayuda para morir

STSJ de Valencia nº 146/2023, de 25 de abril de 2023.

Es objeto de impugnación la resolución de la Comisión de Garantía y Evaluación de la Comunidad Valenciana, denegatoria de la prestación de ayuda para morir solicitada por en su nombre por las dos hijas de la paciente, Doña Lina – art. 3 c) y 5.1 d) de la L.O. 3/2021, de regulación de la eutanasia, afectada de enfermedad de alzhéimer y depresión. A tal efecto, y en cumplimiento del encargo de la enferma, presentaron la correspondiente solicitud de

ayuda para morir acompañada de la escritura de voluntades anticipadas formalizada por poder notarial.

La Sala, que se hace eco de la reciente STC de 22 de marzo de 2023 que se expresa acerca de la eutanasia activa y directa, como *un derecho subjetivo de naturaleza prestacional* (fd quinto), también calificado de *derecho público subjetivo*, desestima el recurso porque no concurren los requisitos que delimitan el contexto eutanásico, en concreto el previsto en el art. 5.1, letra d) de la LORE:

“Como hemos adelantado, la sentencia del Tribunal Constitucional declarando ajustada a nuestra Norma Fundamental la regulación en la LORE, se dicta resaltando las garantías sustantivas en la delimitación de “ contexto eutanásico ” como presupuesto fáctico necesario para la solicitud de ayuda a morir que sólo será viable -junto a otras condiciones en los dos supuestos, bien el de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o bien el de enfermedad grave e incurable; en este segundo caso debiendo ser causante (tal enfermedad) de sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable (F.J 6, pág 85 de la sentencia constitucional).”

Y en el caso que ahora nos ocupa:

“...no consta acreditado que la enfermedad grave e incurable que padece la actora, además provoque en la paciente padecimientos o sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio, siendo que dicha circunstancia añadida integra el concepto .”

A la vista de los informes médicos obrantes tampoco concurre acreditado en autos el requisito alternativo de que Doña Lina sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en la ley.”

7. Acceso a la prestación sanitaria de ayuda para morir por paciente afectada por enfermedad psiquiátrica

STSJ de Navarra nº 353/2022 de 16 Diciembre , nº rec. 263/2022.

La demandante, de 46 años, y que precisa de silla de ruedas, aunque puede caminar con muletas, desde hace años viene padeciendo patología mental siendo tratada por psiquiatras, que desde los 14 años ha sido diagnosticada de anorexia nerviosa,

con algún episodio de crisis de ansiedad anteriores, con altibajos a lo largo del tiempo compatibles con factores familiares u otros ; ha sido objeto de varios ingresos en el servicio de psiquiatría, tras acudir a urgencias en varias ocasiones, también voluntarios y que ha sufrido diversos intentos autolíticos con dispar resultado y viene acudiendo también a terapia con psicólogos privados, lo que se complementa con tratamiento farmacológico por prescripción facultativa .

Con fecha 19 de mayo de 2022 D^a Eva presentó solicitud de prestación de ayuda para morir ante su médica responsable, que informó de modo desfavorable haciendo constar como motivo de denegación: *“No tiene pronóstico de vida limitado. Incapacitación legal desde 30-11-2016: tutela para el gobierno de su salud. Tutora su madre”*. Asimismo se anota en el apartado de diagnóstico, que *“consciente de que su madre y su psiquiatra no son favorables pero ante sufrimiento crónico e incapacitante ha tomado esta decisión que le tranquiliza. Desea una muerte digna.”*

Efectivamente la demandante de 46 años, escribió carta de su puño y letra, en junio de 2022 donde viene a poner de manifiesto su situación y que acompañaba a la solicitud ante la Comisión de Garantía y Evaluación. Asimismo, prestó declaración ante la misma Comisión y se han seguido todos los tramites de procedimiento.

La Sala considera que la enfermedad psiquiátrica no queda excluida del ámbito de aplicación de la LORE:

“La solución al caso pasa por delimitar adecuadamente si la LORE excluye la enfermedad mental del contexto eutanásico que prevé la nueva ley. Decimos que no hay propiamente debate sobre ello pues la Comisión demandada, no deniega la solicitud de la actora por entender que la enfermedad mental esté excluida del contexto eutanásico previsto en la ley, no obstante, procede que esta Sala se pronuncie,

Lo primero que hay que decir es que la cuestión no es baladí y que somos conscientes de la complejidad del asunto y del debate que se puede generar y se genera, en realidad, entre los especialistas en la materia (hay quien afirma que una enfermedad mental puede causar tanto sufrimiento e incapacidad como una enfermedad física, y quienes apuntan que hay tratamientos para curar estos trastornos y no se debe ayudar a morir a estas personas) y, esta Sala es igualmente sabedora de los enormes desafíos a los que han de enfrentarse los médicos a los que

la ley otorga responsabilidad en este ámbito ; pero lo cierto es que, y en lo que compete a este Tribunal, la ley aprobada no excluye expresamente la patología mental, pero tampoco implícitamente”.

Para concluir afirmando que:

“Esta Sala es partidaria de no restringir el concepto de padecimiento e incluir además del dolor físico el dolor psíquico siempre que el caso este sometido a escrutinio profesional y se extremen el cuidado en la valoración y ponderación de las garantías tratamientos dependencia, etc.”

En el presente caso, la Sala pese a considerar que la enfermedad psiquiátrica no queda excluida “per se” de la LORE, deniega el derecho de acceso por no concurrir los requisitos que delimitan el contexto eutanásico:

“En el caso de la actora, y aun siendo cierto que su enfermedad cursa con años de evolución, los especialistas coinciden en que hay posibilidad de alivio tolerable, vía farmacológica vía terapias e ingresos en centros ad hoc de media o larga estancia , tal y como ocurre a fecha de hoy y en que el sufrimiento es intenso en ocasiones, no se constata por esta Sala, según se infiere de los informes médicos un sufrimiento constante, no obstante manifestarse la enfermedad durante largo tiempo, como hemos dicho y menos todavía se constata, un pronóstico de vida limitado en un contexto de fragilidad progresiva.

En atención a todo lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la actora sufre una enfermedad que se puede considerar cronicada, con matices, no refractaria al tratamiento, remitiendo los rasgos que definen su trastorno en periodos de tiempo largos en algunos casos, no se constata que haya empeorado con el tiempo. En fin, esta patología y sufrimiento no reúne los requisitos que establece la Ley para obtener el derecho a ser asistida para morir.”

A este respecto téngase en cuenta que la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023, considera que: *“Esta distinción entre la patología o dolencia física [«sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» o «incurable», apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión».”*

8. Denegación del derecho de la gestante al parto domiciliario: tratamiento médico forzoso

STC 11/2023, de Pleno, de 23 de febrero de 2023.

La STC se pronuncia sobre los mismos hechos que dieron lugar a la STC 66/2022²; no obstante, siendo la situación de hecho a misma, en esta otra STC lo que se trata dilucidar es si durante el ingreso involuntario en el centro hospitalario, se privó a la mujer gestante de su derecho al consentimiento informado en relación con las distintas actuaciones médicas a las que hubo que someterse.

La demandante afirma que solicitó el alta hospitalaria cuando progresaba el parto de manera natural y se lo denegaron; solicitó que el tacto vaginal se lo realizara la matrona que le acompañaba y se lo negaron; solicitó que estuviera presente su pareja en el parto y que no la separaran de la recién nacida en los primeros momentos y se lo negaron.

Estos hechos no son compartidos por el TC, que avala la constitucionalidad de los tratamientos médicos que se llevaron a cabo sobre la base de la existencia del consentimiento de la gestante, y de su proporcionalidad atendida la necesidad de proteger la vida y salud, tanto de la gestante, como del nasciturus:

“La historia clínica aportada pone de relieve que la actuación médica no contravino la voluntad de doña C.P., en cuanto a lo planteado en el plan de parto presentado, puesto que comprobado al ingresar que el parto se había iniciado no se realizó la inducción, sino que se hizo un seguimiento expectante de su evolución y del bienestar del feto, hasta que el diagnóstico médico determinó la práctica de la cesárea urgente. Las circunstancias que constan en la historia clínica a este respecto, no evidencian desatención del plan de parto propuesto por la paciente, como se apunta en la demanda, sino lo contrario. En este sentido es relevante que en el plan de parto que presentó la recurrente constaba que no quería parto instrumental o cesárea por falta de progreso salvo si sus vidas corrían peligro inmediato, que es lo que se valoró conforme al historial médico.”

Y añade:

“De otro lado, la cesárea fue consentida por la madre tras ser informados de la situación ella

² La STC 66/2022 ha sido comentada en el volumen extraordinario 32 de la Revista Derecho y Salud. https://www.ajs.es/sites/default/files/2023-01/vol32_Extra_02_04_Ponencia_0.pdf

y su pareja. Así consta en el informe de curso de hospitalización, en el informe de alta, en el informe del jefe de obstetricia del HUCA, de 26 de abril, tal y como consta en los antecedentes de esta sentencia, y en el informe de 14 de junio de 2019 del servicio de ginecología y obstetricia del HUCA. En este último se afirma que el doctor «le aporta consentimientos de parto y cesárea.»

Los votos particulares inciden en que:

- La situación de privación de libertad durante todo el tiempo que estuvo en el hospital, impedía que el consentimiento prestado a los tratamientos médicos pudiera calificarse como libre y consciente.
- La STC no aborda el problema de la violencia obstétrica y ginecológica.

En concreto, la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, en su voto particular manifiesta que *“el contexto fáctico coactivo, en el que se encontraba la demandante, impide que el consentimiento prestado a los tratamientos médicos pueda calificarse como libre y consciente”*. Y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, critica el enfoque de la STC, sin haber tenido en cuenta la perspectiva de la violencia obstétrica:

“...no tienen en cuenta ni las condiciones en que se produce el ingreso hospitalario, ni la noción de violencia obstétrica, a pesar de que se apunta la cuestión por las partes y, aunque se cita algún documento internacional al respecto, no se considera a la hora de resolver el recurso de amparo.”

Los otros dos votos particulares son:

- El magistrado don Ramón Sáez Valcárcel:

“Doña C.P., pudo escoger entre las posibilidades terapéuticas que le presentaba el médico responsable, que se encuentran fuertemente delimitadas por los protocolos científicos que rigen la práctica obstétrica. Una opción y una facultad de elegir que representa el margen de libertad del que disponía, restringido pero efectivo, para decidir. Una alternativa de acción que le permitía aceptar o rechazar la exploración ginecológica, la ingesta de uno u otro fármaco contra el dolor y la intervención quirúrgica que resolvió el parto.”

- El magistrado Juan Carlos Campo Moreno. Su discrepancia:

“afecta solo a la fundamentación jurídica de la sentencia dictada (en aspectos, ciertamente, sustanciales) y no a la solución adoptada por la mayoría. Dicha solución responde, en última instancia, a una idea que comparto: el personal médico del HUCA de Oviedo obtuvo válidamente el consentimiento de la actora antes de practicar las actuaciones médicas que salvaron la vida de la propia recurrente y de su hija.”