

La protección jurídica del paciente como consumidor. TOMILLO URBINA J., y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Directores): Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 372 páginas.

Recensión por **Vicente GOZALO LÓPEZ**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria.

1.- Jorge Tomillo Urbina, Catedrático de Derecho Mercantil, Director de la Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores y Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria, y Joaquín Cayón de las Cuevas, Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad de Cantabria y Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria, han tenido la gran iniciativa y el magnífico resultado de publicar este volumen en el que se recoge una selección de las intervenciones realizadas durante las dos primeras ediciones del *Encuentro Interautonómico sobre Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, celebradas en el ámbito académico de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

El primero de los referidos encuentros tuvo lugar en la sede universitaria de Cuenca, los días 14 a 18 de julio de 2008, y contó con la participación inicial de las Comunidades Autónomas de Cantabria y de Castilla-La Mancha. Estos encuentros – más que auténticos congresos cabría decir pues no en vano tienen una dirección de cinco intensos días- continuaron con la celebración de una segunda edición, esta vez en la sede universitaria de la UIMP en Santander durante el verano de 2009; una edición, además, caracterizada, por la ampliación del número de Administraciones participantes, pues a los socios iniciales (Cantabria y Castilla-La Mancha) se adhirieron otras cuatro comunidades autónomas: Castilla y León, Canarias, Galicia y el País Vasco. También en 2010 se ha celebrado una tercera edición con la incorporación de las Comu-

nidades de Cataluña y Asturias, estando prevista en el momento de escribir estas líneas la celebración del IV Encuentro, circunstancia que da idea de la solidez y consolidación de la iniciativa.

Así las cosas, y desde un punto de vista general inicial, puede afirmarse que esta obra constituye una recapitulación de trabajos a través de los cuales se ofrecen al lector diferentes visiones de la posición del paciente y de su concreta configuración como consumidor, en el marco del Sistema Nacional de Salud. Es importante, además, destacar que la obra constituye una significativa aportación en una materia como es la sanitaria, con escasa tradición de estudios jurídicos integrales. Por esta razón, compartimos la opinión del Profesor Tomillo y del Profesor Cayón cuando señalan en el prólogo a la obra que el presente trabajo ha de reputarse como una importante herramienta de cooperación en materia formativa, habilitando un pujante foro de intercambio de conocimientos, buenas prácticas y reflexiones de profesionales de muy diversa procedencia y conocimientos que, sin lugar a dudas, deberán redundar una mejora de la prestación de los servicios sanitarios.

Y es precisamente en este marco de formación e información en materia sanitaria en el que deben referenciarse y afirmarse las muchas virtudes que presenta el texto que se comenta. Se trata, en primer lugar, de una obra con un enfoque claramente divulgativo y didáctico, que recuerda a las tradicionales, pero no por ello menos valiosas, “*Actas de congreso*”; elaborado con la finalidad de recoger el contenido de las diferentes intervenciones y

ponencias dictadas en dos encuentros científicos. En este sentido, es claro afirmar que la obra no pretende cerrar problemas jurídicos, sino abrirlos y replantearlos, dando pie al debate.

Aun cuando la perspectiva es claramente jurídica, lo que se explica por la importante formación jurídica y amplia trayectoria en el mundo universitario y de la administración pública tanto de sus directores como de los demás autores participantes, la obra se aparta con acierto de las características propias de los estudios jurídicos convencionales, en el sentido de que no se basa en el análisis de categorías jurídico-dogmáticas vinculadas con el ámbito del Derecho Sanitario, sino en problemas y retos reales derivados fundamentalmente del cambio de paradigma de la relación médico-paciente, tradicionalmente vinculada con el principio de beneficencia, pero que ha de ser entendida y construida en la actualidad tomando como referencia la consideración del paciente como usuario de servicios y consumidor de productos sanitarios.

Por todas estas razones, ha de agradecerse que nos encontremos ante una obra rigurosa desde su perspectiva jurídico-expositiva, de carácter eminentemente práctico o formativo –ergo, divulgativo- y por tanto con un importante grado de dinamismo, que se traduce en la utilización de un lenguaje directo, pero no por ello ajeno al necesario rigor y complejidad conceptual del mundo jurídico. Ello hace que a la presente obra pueda atribuírsele una utilidad y trascendencia práctica indudable, en el buen entendimiento de que “práctica” y “construcción teórica” son conceptos que van indisolublemente unidos como dos caras de una misma moneda.

2.- No es nueva la afirmación de que la protección del paciente ha constituido tradicionalmente una prioridad de las políticas de salud a nivel mundial, tal y como demuestra la iniciativa de la Organización Mundial de la Salud relativa a la Alianza Mundial para la Seguridad de los Pacientes, puesta en marcha en Washington DC en el mes de octubre de 2004, y cuyo objetivo no es otro que facilitar el desarrollo de soluciones en la seguridad del paciente para todos los Estados Miembros de la citada Organización Mundial de la Salud.

Se trata de políticas internacionales que también encuentran un claro reflejo en el ámbito normativo interno, en el que el derecho a la salud

integra un imperativo básico cuya exigibilidad viene garantizada por la propia Constitución Española, en cuyo artículo 43 se asienta toda la legislación sanitaria actual, y que para su correcta interpretación en el ámbito que nos ocupa ha de ser necesariamente puesto en conexión con el artículo 51 del mismo texto legal, en cuyo seno se formula claramente la necesidad de que los poderes públicos garanticen la defensa de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios mediante procedimiento eficaces, configurando con ello un auténtico derecho subjetivo cuyo corolario se concreta en el artículo 53 del mismo texto legal, conforme al cual se atribuye a los citados derechos la condición de principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito sanitario, la protección del derecho a la salud como derecho subjetivo, fundamento de la construcción de la relación clínica sobre la base de la configuración del paciente como consumidor, se ha realizado gracias a través de tres normas fundamentales. En primer lugar, la Ley General de Sanidad de 1986, en cuyo artículo 10, hoy parcialmente derogado, se enumera un amplio catálogo de derechos del paciente, posteriormente actualizados en el año 2002, mediante la promulgación de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Por último, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud del año 2003. En este mismo marco de configuración normativa de ámbito nacional, si bien con un origen diferente y un alcance no siempre entendido correctamente por los operadores prácticos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado el 16 de noviembre de 2007, consagra nuevamente, como ya lo hizo su antecesora de 1984, el derecho del consumidor a su salud y seguridad.

Junto a ese ámbito normativo nacional, en el Estado Autonómico con el que se ha dotado nuestro país han proliferado también un importante número de normas de formulación y reconocimiento de derechos de los consumidores (pacientes) como usuarios del sistema sanitario, cuya formulación ha atendido a instrumentos normativos formalmente diferentes, lo que ha ocasionado más de una disfunción, y cuyo hándicap más importante es la insuficiencia de mecanismos sancionadores

específicos mediante los que garantizar una auténtica efectividad de tales derechos legalmente enunciados; Carencias, no obstante, muchas veces suplidas mediante el recurso a la profusa legislación en materia de protección de consumidores y usuarios dispuesta por nuestras Comunidades Autónomas.

Todo ese movimiento normativo ha permitido que los autores de la presente obra, y en particular sus Directores, hayan apostado claramente por una construcción singular, enfocando el derecho a la salud desde su integración “*en el catálogo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*”. Tal y como se argumenta en el Prólogo del texto que comentamos, pieza de lectura inexcusable para entender el contexto en el que se inserta la concepción de los Profesores Tomillo y Cayón del derecho a la protección de la salud, frente a la tradicional consideración del paciente desde la perspectiva de mero destinatario de productos y servicios sanitarios en una relación tutelada por el facultativo e inspirada por el principio de “*beneficencia*” o de “*confianza*”, se evidencia un claro cambio de paradigma en la relación clínica, consagrando la consideración del paciente como auténtico usuario de servicios y consumidor de productos, razón por la que le resultaría extensible la normativa tuitiva dispuesta en el ámbito del Derecho del consumo. Frente a este modelo tradicional, tal y como expresamente se manifiesta en el Prólogo, se postula una nueva construcción jurídica, mediante la que disciplinar la relación médico-paciente, que puede resumirse, en brillante y gráfica expresión de los Directores, con la expresión “*todo por el paciente pero con el paciente*”.

Y es precisamente a través de esta consideración del paciente como consumidor como mejor puede superarse la configuración tradicional de la relación médico-paciente, que llevada a sus últimas consecuencias, como señala el propio Profesor Tomillo en su artículo, implicaría que la respuesta del enfermo ante el error médico, incluso ante la concurrencia de una situación de negligencia, habría de ser “*el aguante y la resignación*”.

En definitiva, podemos decir sin riesgo de exageración que la obra que recensionamos, más allá e su carácter de obra colectiva, constituye un auténtico *Tratado* sobre la protección jurídica del paciente, partiendo de la perspectiva de su configuración como sujeto activo de la relación clínica,

construida jurídicamente con el prestador del servicio sanitario sobre la base del principio de autonomía.

3.- Tomando como punto de partida los anteriores posicionamientos, la obra se estructura sobre una sucesión de ponencias y ponentes articuladas sobre el entendimiento del paciente como eje – *sujeto*– del sistema sanitario y de la debida protección jurídica de sus derechos. En concreto, presenta una sistematización estructurada en cuatro partes claramente diferenciadas en el propio Sumario, dos de carácter “*institucional*” y otras dos de naturaleza “*sustantiva*”. A su vez, y a la luz del Sumario, en el primero de los bloques pueden diferenciarse otras dos partes. Una primera, que lleva por título “*Intervenciones Institucionales*” y que, como resulta habitual aparece limitada al agradecimiento y a unas palabras protocolarias transmitidas tanto desde instancias nacionales (Ministerio de Sanidad) como internacionales (Organización Panamericana de la Salud). Una segunda parte, rubricada bajo el título “*Presente y futuro de las políticas públicas de protección del paciente*”, coincide con el de la mesa redonda protagonizada por los Consejeros de Sanidad de Cantabria, de Castilla-La Mancha, de Castilla y León y del País Vasco, y celebrada en Santander durante la segunda edición del seminario, en la que los diferentes responsables aprovecharon la ocasión para exponer las líneas básicas de actuación de sus respectivas Comunidades Autónomas.

4.- Sin perjuicio de la importancia de los restantes bloques o partes, el núcleo central de la obra viene constituido por el conjunto de intervenciones agrupadas bajo la rúbrica común de “*Ponencias*”, en la que se recogen buena parte de las intervenciones efectuadas en las dos ediciones del Encuentro Interautonómico.

La primera de las ponencias científicas de carácter general que funciona a modo de introducción de los encuentros es la del Profesor Tomillo, quien bajo el título “*La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*”, disecciona la juridificación del acto médico como elemento corrector de la posición asimétrica entre médico y paciente y, más en concreto, elabora una fundada conceptualización del paciente como consumidor. Para este trabajo, el Profesor Tomillo aprovecha la agudeza y el conocimiento de quien ha investigado

con profundidad, el enfoque de una reflexión sosegada y la *lex artis* de quien ha usado con maestría los conceptos y las palabras en los foros científicos más diversos para analizar la conexión funcional entre el mundo del derecho y de la medicina, evidenciando las insuficiencias históricas y la inviabilidad actual de las posiciones relacionales asimétricas que puedan generarse entre, como dice el propio autor en tono irónico, *batas y pijamas*. Con estas premisas y partiendo de un análisis histórico de la situación, el Profesor Tomillo, con un discurso directo, sencillo de interpretación, pero dotado de una importante carga dogmático-jurídica, va construyendo en su intervención argumentos que conducen al lector a la absoluta convicción en torno a la aplicabilidad de las normas protectoras del Derecho de consumo a la relación médico-paciente. En suma, una ponencia de gran altura científica, en la que se desarrollan con precisión quirúrgica los aspectos más destacados de la protección del paciente, rodeados de constantes guiños hacia episodios históricos y sociales conexos que contribuyen a la comprensión del concepto principal desarrollado en la intervención.

La segunda y tercera de las ponencias, a cargo de Joaquín Cayón y de David Larios, respectivamente, analizan dos de las principales garantías del paciente establecidas en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: la garantía de tiempo y la garantía de seguridad.

Joaquín Cayón, codirector de la presente obra, en su trabajo dedicado a analizar el régimen jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias, une su condición de Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria a su experiencia docente e investigadora como Profesor de Derecho en la Universidad de Cantabria, lo que le permite realizar un estudio radicalmente diferente del mero análisis casuístico o compilatorio de la normativa nacional o autonómica. Se trata de un estudio centrado en el análisis de los mecanismos correctores de la posición del paciente ante las demoras en el acceso y ejecución de las prestaciones sanitarias bajo el prisma de la inclusión de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud y de la aprobación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, bajo cuya órbita destaca fundamentalmente la potencialidad del sistema de garantías de plazos máximos de respuesta.

Con este planteamiento inicial, la ponencia, de indudable interés y calidad jurídica, analiza cada uno de los citados mecanismos, prestando especial atención al sistema de garantías del que, por cierto, el Derecho de Consumo es pionero, en relación con el cual evidencia, a través de una argumentación bien cuidada y argumentada, tanto las ventajas que conlleva su aplicación en orden a garantizar el derecho de los pacientes a ser atendidos en un determinado plazo y su idoneidad para el tratamiento de las demoras en la atención especializada, como sus disfunciones, provocadas fundamentalmente por las disposiciones autonómicas, que ofrecen un amplio abanico de posibilidades, en tanto que difieren tanto en las prestaciones garantizadas como en los tiempos máximos de espera. Curiosamente, todas estas disfunciones, claramente contrarias al principio de igualdad reconocido constitucionalmente, se producen en los contornos del Sistema Nacional de Salud, fijado y delimitado por el Estado, y en el que únicamente se determina un mínimo común prestacional para todos los ciudadanos, ampliable, eso sí, por las Comunidades Autónomas, y en perímetro de la insuficiencia del mecanismo de los “criterios marco” como instrumentos utilizados por el Estado para la fijación de los plazos máximos de espera, que dada su competencia legislativa básica en la materia bien podría haber optado por otras soluciones diferentes.

La segunda de las garantías analizadas con brillantez en la obra es la de seguridad, de la que se ocupa David Larios, Coordinador de los Servicios Jurídicos del Servicio de Salud de Castilla La Mancha y conocido experto en el mundo del Derecho Sanitario, quien evidencia las insuficiencias legales en orden a la implantación de un sistema de notificación y registro de sucesos adversos en nuestro país, al tiempo que postula la aprobación de una nueva normativa que garantice la eficiencia y operatividad de un Registro de sucesos adversos de carácter oficial para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, de indudable interés y necesidad para la mejora de las prestaciones sanitarias.

Tras la construcción del nuevo paradigma en la relación clínica y el amplio análisis dedicado a dos de las principales garantías legales dispuestas en orden a la protección del paciente, la obra afronta en sus siguientes ponencias los aspectos jurídico-sustantivos más destacables en la protección del paciente, introducidos a través de un trabajo de

carácter general sobre su regulación en la reciente legislación sanitaria, a cargo de Vicente Lomas, Jefe del Servicio de Derecho Sanitario y Bioética del Servicio de Salud de Castilla La Mancha, en el que destaca su claridad expositiva y la solvencia con la que resuelve sistematizar en un artículo el complejo abanico de derechos del paciente.

Junto a la anterior ponencia se incluyen otros tres estudios sobre aspectos concretos de la protección del paciente. Así, se aborda la protección jurídica del usuario frente a la biotecnología, en la que se plantean diferentes beneficios y riesgos vinculados a las modificaciones biotecnológicas. El trabajo es desarrollado por Rafael Millán, Asesor Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia y también Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, quien plantea cuestiones inusuales y que evidentemente invitan al lector a pensar con mayor detenimiento en el alcance de la biotecnología, cuestión que hasta la fecha no merecido la atención doctrinal debida. El trabajo del Profesor Millán introduce, sin duda, un elemento de reflexión sobre una materia que aborda con rigor y claridad expositiva. En segundo lugar, se aborda la atención farmacéutica por Mariano Avilés en la que el Presidente de la Asociación Española de Derecho Farmacéutico disecciona los fundamentos y principios en los que se asienta el modelo de farmacia español y la incidencia que la aplicación del principio europeo de libertad de establecimiento puede tener en el ejercicio de las actividades de farmacia, en el que claramente colisionan el citado principio con el objetivo de proteger la salud pública; en tercer lugar, la ponencia relativa a la protección del paciente frente a la publicidad sanitaria, desarrollada a cargo del Julio Álvarez, Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Cantabria, quien de forma rigurosa, al tiempo que amena, nos introduce en el marco de los principios generales de la publicidad de medicamentos y productos sanitarios, dedicando una especial atención a uno de los principales problemas con los que se encuentran los órganos encargados de la aplicación de la normativa de consumo: la publicidad de los llamados “productos milagro”, normalmente inocuos para la salud, pero frecuentemente comercializados bajo el paraguas de una publicidad engañosa. En fin, una ponencia de indudable altura técnico-jurídica, que presenta un único hándicap en relación con su exposición oral, y es la imposibili-

dad de que el papel recoja el ingente número de casos y ejemplos manejados por el autor durante sus exposiciones, que al no poder ser reproducidos no pueden tampoco ser visualizados en la presente obra.

5.- Finalizadas las ponencias de carácter sustantivo, el lector se encuentra, en tercer lugar, con diferentes trabajos de carácter procedimental sobre los sistemas extrajudiciales de tutela del paciente. Así, de un lado, se afronta el problema de la protección del paciente a través de las actuaciones de la figura del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo y los problemas que plantean los desequilibrios territoriales en relación con las carteras de servicios de los respectivos sistemas de salud. A nivel nacional, la figura es examinada por Manuel Aguilar, Adjunto del Defensor del Pueblo, corriendo a cargo de José Manuel Martínez Cenzano, Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, la perspectiva de los defensores autonómicos. De otro lado, se incluye una aportación, a cargo de María del Carmen González Carrasco y Manuel Jesús Marín, Profesores Titulares de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, de indudable trascendencia jurídica, en la que se afronta uno de los retos más importantes que tiene pendientes el sistema: la aplicación de los instrumentos de resolución extrajudicial de conflictos a los conflictos sanitarios. En relación con esta cuestión no puede sino concluirse afirmando, a la vista del amplio análisis incluido por los autores en relación con la posibilidad de trasladar el arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios, la existencia de dificultades técnicas difícilmente superables a la luz de la actual normativa. Cuestión distinta es que, como afirman los Profesores Tomillo y Cayón en su Prólogo, de *lege ferenda* resulte conveniente fomentar la aplicación a los conflictos sanitarios de sistemas extrajudiciales heterocompositivos diseñados sobre los mismos principios que han venido aplicándose tradicionalmente en el arbitraje de consumo: institucionalización, gratuidad -*ergo*, economía, porque la gratuidad es beneficiosa para el consumidor/paciente afectado y además ha de ser eficiente para el erario público-, rapidez, ejecutividad y participación de profesionales y de pacientes. En todo caso, y como bien anticipa el propio Prólogo del obra, tributario en este punto de la dilatada experiencia de los codirectores como Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria y como árbitro y primer Secretario de dicha Junta, el hecho

mismo de estudiar diferentes vías para la extensión del arbitraje de consumo a las relaciones asistenciales constituye una manifestación más de la creciente y progresiva utilización de las técnicas tuitivas del Derecho de consumo en el ámbito clínico. A este respecto, entendemos muy acertado que la obra incluya una valiosa experiencia de Derecho comparado -experiencia mexicana- sobre funcionamiento del arbitraje médico a cargo de su máximo responsable Germán Fajardo, Comisionado Nacional de Arbitraje Médico del Gobierno mexicano. Se explica de este modo una experiencia pionera en la materia desarrollada en un país en el que la institución arbitral goza de una sólida implantación en el ámbito sanitario.

Por último, la obra finaliza con un grupo de ponencias en las que se analiza la protección del paciente a través del instituto de la *responsabilidad sanitaria* administrativa y penal. Se aborda así, tanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias incluyendo en primer término un trabajo sobre la misma a cargo de Natalia de la Horra, Letrada-Jefa de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla-León. Se incluye igualmente un estudio específico sobre la indemnización del daño moral, a cargo de Ana Sánchez Lamelas, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos y Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria, que ofrece un interesante trabajo, basado en el método del *case law*, que dedica una especial atención a las relaciones entre el daño moral y el consentimiento informado, al tiempo que evidencia la contradicción en la jurisprudencia, en la que en grupos de casos homogéneos se han venido dando soluciones distintas-. Finalmente se analiza por Antonio Díaz Delgado, Presidente de la Audiencia Provincial de Cuenca, la protección penal de salud a través del Derecho Penal, para aquellos casos más extremos en los que concurra el respectivo ilícito penal.

Por último, resulta también destacable la cuarta parte de la obra que recoge las diferentes visiones de las Comunidades Autónomas participantes sobre un tema titulado como “Profesionales sanitarios y pacientes: la repercusión de las medidas en materia de recursos humanos en la atención al paciente”, protagonizada por responsables de recursos humanos de diferentes Administraciones autonómicas: M^a Cruz Reguera Andrés, Secretaria

General de la Consejería de Sanidad de Cantabria, Luis Alberto Panes Corbelle, Jefe de Servicio de Planificación, Selección y Provisión del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, Carmen Aguirre Colonges, Directora de Recursos Humanos del Servicio Canario de Salud y Esperanza Vázquez Boyero, Directora General de Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla y León. El estudio comparativo de las diferentes experiencias autonómicas relatadas en esta parte resulta de indudable interés.

6.- Conclusión: este comentario a *La Protección Jurídica del Paciente* únicamente ha pretendido aproximar al potencial lector a una obra que aporta claridad expositiva a la configuración jurídica de las relaciones clínicas, al tiempo que fomenta el debate intelectual, necesario por otra parte en una materia de gran interés social que se encuentra en constante evolución. Y es que el tratamiento del conflicto médico-paciente precisa de una importante adecuación a la realidad de una sociedad configurada al amparo del Estado social. Por esta razón, todas las opiniones expresadas en esta recensión tienen únicamente por objetivo poner de manifiesto el carácter pionero y vanguardista de la obra, que creemos marca un antes y un después en la literatura jurídica nacional en cuanto que asume una nueva perspectiva desde la que contemplar al paciente. Su concepción como consumidor, en el sentido jurídico del término, y su autonomía como principio rector de la relación sanitaria y del ejercicio de sus derechos, planean sobre el conjunto de los temas abordados, constituyendo, a nuestro juicio, una importante aportación a los estudios en la materia.

No me queda sino terminar felicitando al excelente elenco de autores por la excelencia del trabajo realizado, recomendando, con sincero entusiasmo, la lectura y disfrute de esta obra.