



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 22, número 1. Enero-Junio 2012

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (GALICIA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO (MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)
ANA M^A MARCOS DEL CANO
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)
JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD
(CANTABRIA)
FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)
VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
LOLA GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
SERGIO GALLEGO RIESTRA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
LETRADO JEFE IBS (BALEARES)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO
(CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

RAFAEL MILLÁN CALENTI (GALICIA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (GALICIA)
PAULA OLITE TRILLO (GALICIA)
JOSÉ M^A BARREIRO DÍAZ (GALICIA)
ANA COMESAÑA ALVAREZ (GALICIA)
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)
JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (ASTURIAS)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (VALENCIA)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)
MARTA BLÁZQUEZ EXPÓSITO (ANDALUCÍA)

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
AVENIDA ROMERO DONALLO, 21, 3º A
15706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. 1133-7400
IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.

<http://www.ajs.es>

e-mail: ds@ajs.es

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

[http:// www.ajs.es](http://www.ajs.es)

ISSN: 133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

Dirigida a: Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

Correspondencia y Publicidad:

AJS .Romero Donallo 21-3º A

15706 Santiago de Compostela

Correo Electrónico:

js@ajs.es

presidente@ajs.es

webmaster@ajs.es

secretaria@ajs.es

tesorera@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud

Avda. Romero Donallo nº 21 3º A

15706 Santiago de Compostela

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado “suscriptores” y en otro denominado “socios” de titularidad de la Asociación “Juristas de la Salud” con domicilio en Avda. Romero Donallo 21 – 3º A de Santiago de Compostela (15706) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es indicando “derechos ARCO”.

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL “DERECHO Y SALUD”.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidente: Rafael Álvaro Millán Calenti, *Consellería de Sanidade - Xunta de Galicia*; **Vicepresidente:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Carmen José López Rodríguez, *Abogada. Tesorera:* Paula Oliete Trillo, *Servicio Galego de Saúde*; **Vocales:** José María Barreiro Díaz, *Función Pública Xunta de Galicia*; Ana Comesaña Álvarez, *Servicio Galego de Saúde*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Juan Menéndez Jeannot, *Servicio de Salud del Principado de Asturias*; Nenake Iriarte Amigot, *Parlamento de Navarra*; Luis Fernando Barrios Flores, *Universidad de Alicante*; José Luis Ruiz Ciruelos, *Servicio Navarro de Empleo*; Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Marta Blazquez Espósito, *Servicio Andaluz de Salud*.



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 22, número 1. Enero-Junio 2012

ESTUDIOS

- Vacunas obligatorias y recomendadas:
régimen legal y derechos afectados.
Juan Luis Beltrán Aguirre 5
- La regulación del internamiento psiquiátrico
involuntario en España: carencias jurídicas
históricas y actuales.
Luis Fernando Barrios Flores 27
- La información en el ámbito de los cuidados
paliativos.
*Ignacio Hermida Lazcano - Cristina Nerín
Sánchez* 53

COMUNICACIONES

- Gastos sanitarios no reembolsables en
desplazamientos intraeuropeos.
Irene Ruiz Olmo 73
- ¿Tiene el paciente derecho a saber quiénes y
por qué han accedido a su historia clínica?
Sergio Gallego Riestra - Isolina Riaño Galán 79

JURISPRUDENCIA E INFORMES 91

LEGISLACIÓN 113

- Normas de publicación 119
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho
y Salud 121
- Solicitud de asociación 122

VACUNAS OBLIGATORIAS Y RECOMENDADAS: RÉGIMEN LEGAL Y DERECHOS AFECTADOS

A propósito del Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada, y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

Juan Luis Beltrán Aguirre

Doctor en Derecho

Asesor Jefe del Defensor del Pueblo de Navarra

ÍNDICE

1. LA VACUNACIÓN SISTEMÁTICA COMO POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA.
2. EFICACIA Y RIESGOS DE LAS VACUNAS. A. El debate en torno a sus bondades y efectos adversos. El rechazo ciudadano. B. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por las lesiones producidas por una vacunación o por la falta de vacunación.
3. TRATAMIENTO VACUNAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. A. Legislación estatal. B. Normativa autonómica. C. Recapitulación conclusiva: el confuso e insuficiente marco normativo existente respecto de las políticas públicas de vacunaciones.
4. ¿ES POSIBLE IMPONER POR NORMA ESTATAL UN CALENDARIO VACUNAL ÚNICO A TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS?
5. LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA: DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS Y CRITERIOS Y REQUISITOS DE CONCILIACIÓN.
6. EL ALCANCE DE LA HABILITACIÓN LEGAL PARA IMPONER VACUNAS OBLIGATORIAS.
7. EN PARTICULAR, LA POLÍTICA DE VACUNACIÓN SISTEMÁTICA COMO TÉCNICA ORDINARIA DE PREVENCIÓN EN EL ÁMBITO ESCOLAR Y EN EL DE LOS CENTROS SANITARIO-ASISTENCIALES. A. La vacunación obligatoria de los escolares. B. La vacunación obligatoria de los profesionales sanitarios.
8. LA CONVENIENCIA DE CONTAR CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ACABADO Y ACTUALIZADO

RESUMEN

Con motivo de una reciente resolución judicial confirmando una orden de la autoridad sanitaria de vacunación obligatoria, y de la aprobación de la Ley General de Salud Pública, se realiza un estudio de la situación actual, política y legislativa, del régimen de vacunaciones en nuestro país, destacando las insuficientes previsiones al respecto, tanto de la vigente legislación como de la Ley. Más en concreto, se analiza la posibilidad de establecer un calendario vacunal único, así como los criterios y condiciones que permiten conciliar campañas de vacunación obligatoria con los derechos constitucionales afectados. Se hace un particular análisis de lo relacionado con la aplicación de vacunaciones sistemáticas a los escolares y a los profesionales sanitarios.

PALABRAS CLAVE

Vacunas, marco jurídico, obligatoriedad, derechos fundamentales afectados, calendario vacunal, vacunación sistemática de escolares y profesionales sanitarios.

ABSTRACT

Related to the recent judicial resolution confirming an order of the sanitary authority of a set of compulsory vaccinations, and of the approval of General Law of Public Health, a study is done of the current situation, political and legislative, of the diet of vaccinations in our country, emphasizing the insufficient forecasts in this regard, both in the valid legislation and of Law. Specifically, it analyses the possibility of establishing a global calendar of vaccinations, as well as the criteria and conditions that allow to conciliate campaigns of compulsory vaccination with the constitutional rights affected. It does a particular analysis of the issues related with the

application of systematic vaccinations in elementary schools and to the sanitary professionals.

KEYWORDS

vaccines, juridical frame, forcing, fundamental rights affected, calendar of vaccines, systematic vaccines pupils and sanitary professionals.

1. LA VACUNACIÓN SISTEMÁTICA COMO POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA

Ha sido inquietud y, por tanto, ocupación del Estado constitucional liberal, ocupación mantenida desde su afianzamiento a comienzos del siglo XIX hasta nuestros días, como no podía ser de otra manera, la protección de la salud pública, esto es, el control de los factores que de algún modo pueden afectar o poner en peligro la salud colectiva, sin que en este contexto la incidencia de la enfermedad sobre concretos individuos, salvo que ésta fuera contagiosa o transmisible, tuviera relevancia alguna. Así, COLMEIRO¹ escribía en 1876 que “mientras bastan los esfuerzos individuales para neutralizar las causas perturbadoras de nuestro organismo, la administración abandona el cuidado de la salud al interés particular y la higiene es privada, más cuando los principios de destrucción resisten a la eficacia de estos medios ordinarios de combatirlos, entonces interviene la autoridad para proteger la salud de los administrados, y la higiene es pública.” Esta posición de los poderes públicos respecto a la prevención y protección de la salud pública se plasmó en la legislación de la época instaurando programas de vacunaciones sistemáticas de carácter obligatorio y recomendadas².

La acción que los poderes públicos han realizado y realizan para proteger la salud pública se ha centrado en la llamada policía sanitaria, que, como es bien conocido, se caracteriza fundamentalmente por el desarrollo de actuaciones muchas veces limitativas de la libertad física o de la capacidad de obrar de las personas, tanto físicas como jurídicas, ello en aras de la preservación del “orden público”, que aquí se concreta en la salud pública o salubridad general. Los campos de intervención que hoy comprende la prevención y promoción de la salud pública son extensos y en progresiva ampliación, aunque tradicio-

nalmente la intervención se centró en la lucha contra las enfermedades epidémicas o contagiosas (peste, viruela, cólera, fiebre amarilla, etc.), lucha que hoy sigue siendo necesaria y que sigue preocupando a los poderes públicos, siendo la política de vacunaciones un instrumento esencial y muy efectivo para la misma. Este es el concreto campo que aquí interesa,

Científicamente, las vacunas se definen como unas medidas profilácticas tendentes a inmunizar a un individuo frente a la aparición de una concreta enfermedad³. Con la vacuna, que produce una infección fingida, se pretende que la persona vacunada pueda vencer a una infección real mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario, produciendo anticuerpos específicos contra el agente infeccioso. Su generalizada y masiva utilización en todos los países occidentales durante los siglos XIX y XX, lográndose la erradicación de muchas y graves enfermedades infecciosas, ha acreditado que, al menos hasta el presente, no ha existido en medicina preventiva ninguna otra medida que sea tan eficaz, efectiva, segura y eficiente como la vacunación. En definitiva, la vacunación, por su contrastado alto grado de eficacia, bajo coste y simplicidad de aplicación, ha sido y es, sin duda, uno de los medios más adecuados para prevenir las enfermedades y mejorar el nivel de la salud colectiva. Así, la necesidad y conveniencia de la práctica de vacunaciones es un hecho incuestionable para los profesionales sanitarios⁴.

Las políticas públicas de vacunaciones se han planificado sobre la base de establecer la obligatoriedad de determinadas vacunas y de declarar otras como recomendadas, diseñando para su administración un calendario oficial de vacunaciones infantiles. Durante la mayor parte de del siglo XX, concretamente, hasta 1980 estuvo declarada la obligatoriedad de las vacunas contra la viruela y la difteria. A partir de 1980 todas las vacunas son recomendadas, pero reservándose las autoridades sanitarias la posibilidad de declarar temporalmente determinadas vacunas obligatorias por razones epidemiológicas. El calendario oficial de vacunaciones, elaborado hasta fechas recientes por la Administración sanitaria estatal para todo el país, y actualmente por los Gobiernos auto-

1 M. COLMEIRO, “Derecho Administrativo Español” Tomo I, Madrid, 1876, 4ª edición, pp. 313 y 314.

2 Esta legislación empieza con la Real Cédula de Carlos IV, de 21 de abril de 1805. Una referencia cronológica de la legislación de vacunas puede verse en mi trabajo “La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas”, RVAP, núm. 6, 1983, pp. 164 a 169.

3 Definición recogida del excelente trabajo de CIERCO SIEIRA, C., “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población.”, en *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, 2005, p. 231.

4 Sobre las vacunas, entre otros estudios, puede consultarse el libro colectivo dirigido por SALLERAS SANMARTI, L., *Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones*, Masson, Barcelona, segunda edición, 2003.

nómicos para cada Comunidad Autónoma, es recomendado y gratuito. El calendario vacunal describe cada una de las vacunas recomendadas, las pautas de administración y dosis de refuerzo.

Los calendarios vacunales infantiles oficiales han evolucionado bastante a lo largo del siglo XX en la medida en que aparecían nuevas vacunas para enfermedades hasta entonces no cubiertas, a la par que se desarrollaban nuevas técnicas para la elaboración de las vacunas. Actualmente, el complejo calendario de vacunaciones infantiles comienza con el nacimiento y continúa hasta los catorce años. Aparte del calendario infantil, algunas vacunas se recomiendan durante toda la vida (gripe, etc.).

Las actuaciones de prevención y promoción de la salud colectiva, entre ellas las políticas de vacunaciones, corresponden a las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, ello sin perjuicio de que las políticas de vacunación obligatoria y generalizada ante una situación epidemiológica, o por causa de una alarma sanitaria declarada, lógicamente, en cuanto decisión estratégica de proyección nacional, hayan sido diseñadas y decididas por la Administración sanitaria estatal, que sigue manteniendo competencia para ello⁵.

En torno a esta potestad administrativa para disponer vacunaciones obligatorias, ha sido un hito relevante el Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada, -RJCA/2010/841- que, ante la negativa de los padres a la vacunación de sus hijos escolarizados, concede autorización judicial a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía para vacunar forzosamente a treinta y cinco niños, como consecuencia de un brote de sarampión en un colegio público, en el entendimiento de que la epidemia de sarampión aparecida en el barrio del Albaycín solo podía ser controlada si se vacunaba a la práctica totalidad de niños susceptibles al sarampión que habitaban en el barrio y que, en especial, acudían al colegio público. A lo largo de este trabajo habrá ocasión de analizar este pronunciamiento judicial, importante, sin duda, por ser el primero que, desde la entrada en vigor de la Constitución, aborda directamente la vacunación obligatoria y los condicionantes para que resulte legítima constitucionalmente en cuanto de agresión supone al derecho fundamental a la integridad física de los vacunados.

Sin embargo, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, como veremos a lo largo de este trabajo, da una respuesta, en mi criterio, insatisfactoria a las demandas jurídicas y científicas que actualmente reclaman la existencia de un adecuado y actualizado régimen ordenador de las vacunaciones en cuanto efectiva política de prevención y protección de la salud colectiva.

2. EFICACIA Y RIESGOS DE LAS VACUNAS

A. El debate en torno a sus bondades y efectos adversos. El rechazo ciudadano

El ya viejo debate a favor y en contra de la vacunación, se ha avivado en estos últimos años por causa de la pandemia de gripe A acaecida a nivel mundial en los años 2009 y 2010, virus identificado oficialmente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como Virus H1N1/09 Pandémico. La OMS, en junio de 2009, adoptó la medida de declarar la fase 6 de alerta de pandemia. Y cuando la OMS declara una pandemia, sus recomendaciones dejan de ser tales para convertirse en directrices que, se supone, deben seguir todos los Estados. Sin embargo, no llegó declarar la vacunación obligatoria. Sus recomendaciones fueron básicamente las siguientes: a) como medida prioritaria, los países debían vacunar al personal sanitario que presta asistencia; b) paralelamente la vacunación de los siguientes colectivos en el siguiente orden de precedencia según las condiciones específicas de cada uno: las embarazadas; los niños mayores de seis meses de edad que padezcan algún trastorno crónico; adultos jóvenes sanos de 15 a 49 años de edad; niños sanos; adultos sanos de 50 a 64 años de edad; y adultos sanos a partir de los 65 años. La alarma e inquietud que esta declaración y recomendaciones provocó en la población fue notable, y el nivel de vacunaciones efectuadas fue desmedido. Todo ello desencadenó un encendido debate sobre la necesidad y la bondad de estas vacunaciones masivas, particularmente por los aspectos adversos que presenta toda vacunación.

En un trabajo mío elaborado y publicado en el año 1983⁶, ya relaté el debate que surge desde el mismo momento en que se descubren las vacunas y empiezan a aplicarse de forma generalizada, en torno a la conveniencia o no de las vacunaciones sistemáti-

⁵ Así lo ha señalado la reciente Sentencia, de 29 de septiembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –RJCA/2010/787-.

⁶ “La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas”, RVAP, núm. 6, 1983, pp. 164 a 169.

cas. Ese debate sigue hoy igual de vivo⁷. Son diversas las razones que se manejan a favor y en contra de las vacunaciones sistemáticas, así como del carácter forzoso o no de su administración, razones que, seguidamente, trato de sintetizar.

En defensa de la vacunación sistemática, incluso forzosa cuando es necesario, se aduce que su aplicación ha salvado millones de vidas, lográndose, además, la práctica erradicación en los países occidentales de mortales enfermedades transmisibles (viruela, difteria, poliomielitis, et.), y descensos muy considerables en otra muchas. Los estudios empíricos sobre su aplicación siempre han concluido afirmando las bondades de la vacuna como técnica de inmunización. De ahí que, desde el punto de vista de actuación pública en pro de la prevención y promoción de la salud pública, sea una de las intervenciones más rentables. Por otra parte, los efectos adversos que, en ocasiones, puede producir las vacunas son, en la generalidad de los casos, inmensamente inferiores a los beneficios que reportan a los vacunados y a la sociedad en general.

Los motivos esgrimidos para el rechazo de las vacunas son, fundamentalmente, estos tres⁸:

A) Posiciones y creencias filosóficas o religiosas. En base a creencias religiosas, por ejemplo, los Testigos de Jehová y los Evangélicos no se vacunan, ni se dejan vacunar, aduciendo que las vacunas no son naturales y son contrarias a la Ley de Dios. Igualmente, la comunidad Amish también las rechaza. En base a posiciones filosóficas, diversas comunidades naturistas y otros colectivos fundamentalistas también las rechazan⁹.

B) Los efectos adversos de la vacunación. En concreto, las secuelas, enfermedades y lesiones que puede producir su administración, pudiendo incluso llegar a ser el detonante del desarrollo completo de la enfermedad. En suma, por considerar que las vacunas tienen siempre efectos perniciosos para la salud, entre ellos, alergias,

autismo¹⁰, etc.

C) Inmunidad transitoria de muchas vacunas; falta de eficacia o escasa eficacia de vacunas modernas, algunas veces plenamente contrastada, pero ocultada por razones del negocio que supone a las empresas farmacéuticas su administración masiva. En suma, se anteponen intereses económicos sobre los sanitarios.

En fin, estos son los principales argumentos a favor y en contra. No me cabe duda de que las posiciones filosóficas y religiosas son respetables, tengan o no fundamento científico. Sin embargo, la oposición ciudadana a la vacunación muchas veces trae causa de una falta de información y de educación sanitaria. La información que circula en internet, con frecuencia errónea, parcial y muy sesgada, respecto de los efectos adversos de las vacunas, o de su ineficacia, o de los intereses económicos subyacentes, etc., está jugando un papel muy importante para el rechazo de las vacunas por los colectivos opuestos a la vacunación. De ahí, la imperiosa necesidad de elaborar y difundir información constante, cierta y asequible sobre las bondades y también sobre los efectos secundarios que su administración puede acarrear, particularmente, en el medio escolar.

B. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por las lesiones producidas por una vacunación o por la falta de vacunación

Que las vacunas, en ocasiones, pueden producir efectos adversos (lesiones, daños) es un hecho incuestionable. De ahí que los órganos judiciales, como no podía ser de otra manera a la vista de los peritajes técnicos, hayan reconocido los efectos adversos de las vacunas y las lesiones que han producido a las personas inoculadas, la mayoría de las veces por una reacción adversa infrecuente o inesperada, aunque conocida, reconociendo entonces el derecho a indemnización por los daños y lesiones sufridas¹¹.

7 Un estudio muy completo y actualizado sobre las bondades y riesgos de las vacunas, y del debate existente al respecto, puede verse en la REVISTA MADRE TIERRA (publicación online gratuita), núm. 2, Especial Vacunas, enero de 2011.

8 Puede consultarse la página web de la "LIGA PARA LA LIBERTAD DE VACUNACIÓN."

9 Por ejemplo, algunos grupos fundamentalistas de EEUU han manifestado en público su oposición a que la vacuna contra el virus del papiloma humano se emplee en adolescentes ya que podría potenciar la actividad sexual entre jóvenes al sentirse libres de una enfermedad de transmisión sexual.

10 Por ejemplo, algunos grupos fundamentalistas de EEUU han manifestado en público su oposición a que la vacuna contra el virus del papiloma humano se emplee en adolescentes ya que podría potenciar la actividad sexual entre jóvenes al sentirse libres de una enfermedad de transmisión sexual.

11 CIERCO SIEIRA, C., en "Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población.", cit., p. 234 y 235, relata que, constatada esta realidad, países como Francia y Estados Unidos han aprobado leyes diseñando un sistema específico de responsabilidad del Estado caracterizado por su carácter objetivo, bastando acreditar el nexo causal entre la vacunación obligatoria y el daño de manera flexible, a través de presunciones. Como apunta el autor, este favorable régimen

Por el contrario, otras veces, ese reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del derecho a indemnización trae causa de los daños o lesiones acaecidos por la falta de vacunación. No obstante, son pocas las sentencias existentes al respecto.

Entre las sentencias que afirman la responsabilidad patrimonial por los efectos adversos de una vacunación, pueden citarse la sentencia, de 7 de octubre de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -JUR/2004/75019-, que reconoce la responsabilidad patrimonial por las lesiones y secuelas generadas por la vacunación obligatoria de la viruela, razonando que a la fecha en la que la persona afectada fue sometida a vacunación obligatoria contra la viruela se podía decir, con la opinión de la mayoría de los profesionales del momento, que eran mayores los riesgos por efectos secundarios, que los efectos preventivos de la enfermedad que podían justificar la imposición de la obligación de vacunación; y la sentencia, de 12 de junio de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia -JUR/2008/302069-, por la vacunación obligatoria de una persona contra la viruela, que le produjo como efecto secundario una encefalitis vírica, que le generó una epilepsia.

Entre las sentencias que afirman la responsabilidad patrimonial por la falta de vacunación, puede citarse la sentencia, de 25 de junio de 2010, del Tribunal Supremo -RJ/2010/5886-, que reconoce la responsabilidad por la existencia de nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño derivado de la falta de información en campaña de vacunación, que provocó la pérdida de oportunidad de los padres de proteger a su hija menor con una vacuna eficaz contra la meningitis C.

En este contexto, resulta oportuno citar también la sentencia, de 30 de septiembre de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -JUR/2010/393471-, que no reconoce responsabilidad patrimonial por los efectos secundarios de la inoculación de la vacuna contra la gripe, precisando, en lo que aquí importa, que tampoco hay responsabilidad por falta de información de lo que se ha dado en llamar “efectos adversos de una vacunación” o “reacciones impredecibles”, que no permiten determinar la infracción de un deber de información que se revelaría desproporcionado absolutamente y que impediría el ejercicio de la función médica de curar, puesto que todo me-

dicamento y toda actuación en el ámbito de la salud conlleva un riesgo.

3. LA VACUNACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A. Legislación estatal

El artículo 43.2 de la Constitución manda a los poderes públicos tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de la prestación de los servicios necesarios. En cumplimiento de este mandato constitucional, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, permite a las autoridades sanitarias adoptar determinadas medidas cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia y necesidad. A su vez, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, considera como actividad fundamental del Sistema Sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud así como la planificación y evaluación sanitaria, que debe tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica, estableciéndose, en su artículo 40, apartado 12, que la Administración del Estado, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas, desarrollará actuaciones relativas a los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos.

En lo que hace a las vacunas, la Base IV de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, estableció la obligatoriedad de determinadas vacunas, (las vacunaciones contra la viruela y la difteria. También mantuvo la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgase conveniente. Ya en la etapa constitucional, la Ley 22/1980, de 24 de abril, titulada sobre vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas, de un artículo único, modificó dicha Base IV suprimiendo esa obligatoriedad, pero disponiendo que podrán ser declaradas obligatorias. El texto de la Ley es el siguiente:

“El párrafo seis de la base IV de la ley de bases de sanidad nacional, de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro quedara redactado así:

“Las vacunaciones contra la viruela y la difteria

para el ciudadano afectado trae causa del intento de hallar una situación de equilibrio que ayude a mantener en pie los beneficios de las campañas de vacunación sistemática.

y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias.”

Posteriormente, la disposición final quinta de la Ley, de 25 de abril de 1986, General de Sanidad, dispuso que en el plazo máximo de dieciocho meses, se refundiría, regularizaría, aclararía y armonizaría, de acuerdo con los conocimientos epidemiológicos, técnicos y científicos, entre otras disposiciones, la Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas. Sin embargo, nunca se ha cumplido este mandato.

En desarrollo de esta normativa legal, se promulgó el Real Decreto 2.210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, ostentando dicho reglamento el carácter de norma básica de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.16 de la Constitución.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, contempla las vacunaciones entre las prestaciones del sistema. Su Anexo I, dedicado a la cartera de servicios comunes de salud pública, determina que las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud, y señala que la cartera de servicios de atención primaria incluye los programas de salud pública cuya ejecución se realizará mediante acciones que se aplicarán a nivel individual por los profesionales de ese nivel asistencial. Pues bien, el Anexo II, dedicado a la cartera de servicios comunes de atención primaria, contempla como prestación la realización de actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria, y entre ellas, las vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que puedan indicarse, en población general o en grupos de riesgo, por situaciones que epidemio-

lógicamente lo aconsejen.

En este contexto, es preciso citar también la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en la que, dentro del estado de alarma y de las medidas que permite su declaración, en su artículo 4, enumera los supuestos de “crisis sanitarias, tales como epidemias”, y en el artículo 12.1, establece que “la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas.” Obviamente, entre ellas, las vacunaciones obligatorias. Como señala esta Ley Orgánica, la declaración de alarma procede cuando las circunstancias extraordinarias hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. El estado de alarma es temporal, por lo que las medidas sanitarias a adoptar, así como la duración de las mismas, han de ser las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y en todo momento acordadas en forma proporcionada a las circunstancias.

Finalmente, ha de citarse la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 18 de marzo de 2011, se publicó el Proyecto de Ley General de Salud Pública. Esta iniciativa legislativa, durante su larga tramitación como Anteproyecto de Ley, fue objeto de amplio debate y participación de las entidades científicas interesadas en la salud pública. El Anteproyecto no incorporó normativa alguna atinente a las garantías que debían presidir una decisión de las autoridades sanitarias de vacunación obligatoria. Se limitó a consagrar expresamente la voluntariedad de las vacunas, incluso en el ámbito de los profesionales sanitarios (artículo 69.5 y 6). Sin embargo, lo que sí preveía era el establecimiento de un calendario común de vacunas para todo el país (artículo 67.5.b), algo reiteradamente reclamado por los profesionales de la salud pública y las sociedades científicas, ante los diecisiete calendarios actualmente existentes, uno por cada Comunidad Autónoma, por no existir ningún criterio epidemiológico que justifique diecisiete calendarios distintos.

Empero, el Proyecto de esta Ley aprobado por el Gobierno, muy reducido en contenidos respecto al Anteproyecto, en cuanto al calendario vacunal introdujo una importante modificación, pues si bien previa el establecimiento de un calendario vacunal único

para todo el territorio del Estado, seguidamente, dispuso que las Comunidades Autónomas podrían modificarlo, si bien solo por razones epidemiológicas. Finalmente, el artículo 19.3 a) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone que el Consejo Interterritorial del SNS acordará un calendario único de vacunas en España, pero añadiendo seguidamente que “las Comunidades Autónomas solo podrán modificarlo por razones epidemiológicas”. Por tanto, permite que se rompa el calendario único a criterio epidemiológico de cada Comunidad Autónoma.

Respecto de los profesionales sanitarios, el Anteproyecto de la Ley, en su artículo 69.6 establecía que los profesionales sanitarios tendrían absoluta libertad para decidir si se vacunan o no frente a enfermedades que pueden transmitir a los pacientes, e incluso de aquellas que, transmitidas a ciertos pacientes, pueden acarrearles consecuencias graves. Añadía ese artículo que esa libertad acarrearía la necesidad ineluctable de que estos profesionales informasen de su situación de no vacunación y adoptasen las medidas de prevención adecuadas durante los periodos en que la enfermedad objeto de vacunación era prevalente. Una vez informados, los pacientes podrían decidir que ese profesional sanitario no les atendiese. Empero, esta determinación fue suprimida en el Proyecto de la Ley, supresión que se ha mantenido en el texto de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

También conviene señalar que Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, modifica el apartado 2 del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, incorporando el siguiente texto: “*La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.*” Entre ellas, lógicamente, vacunaciones masivas o individuales.

En su disposición derogatoria, sorprendentemente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, nada dice acerca de la Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas. Por tanto, en cuanto esta Ley no se opone a lo establecido en el texto de la nueva Ley

General de Salud Pública, habrá de entenderse que formalmente se mantiene vigente, quizás con la intención de que en nuestro ordenamiento jurídico subsista una expresa habilitación a las Administraciones sanitarias para imponer vacunaciones sistemáticas de carácter obligatorio. No obstante, cabe señalar que esta es una cuestión más teórica que práctica, pues aunque se considerase derogada o simplemente inaplicable por desfasada, la habilitación derivaría directamente de la Ley Orgánica 3/1986, de 25 de abril, como razonaré más adelante en este trabajo.

B. Normativa autonómica

A la fecha de cierre de este trabajo ya se han promulgado cinco leyes autonómicas de salud pública¹², si bien en ninguna de ellas se contienen concretas determinaciones sobre vacunas y política de vacunaciones.

Todas las Comunidades Autónomas han establecido su propio calendario oficial de vacunaciones sistemáticas¹³, calendarios que frecuentemente están sometidos a modificaciones al objeto de actualizarlos conforme a los criterios epidemiológicos manejados por las respectivas autoridades sanitarias. Estos calendarios contienen diferencias respecto de las vacunas recomendadas y de las edades para aplicarlas.

12 Ley 4/2005, de 17 de junio, de Salud Pública de la Comunidad Valenciana; Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública de Cataluña; Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León; Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Islas Baleares; Ley 7/2011, de 23 de marzo, de Salud Pública de Extremadura. En estos momentos están en tramitación parlamentaria las de Andalucía y País Vasco.

13 Actualmente, los calendarios vacunales vienen establecidos en las siguientes normas reglamentarias:

- Cataluña: Decreto 219/2008, de 11 de noviembre, por el que se establece el calendario de vacunaciones sistemáticas.
- Extremadura: Decreto 208/2003, de 16 de diciembre, por el que se establece el calendario integral de vacunaciones.
- Madrid: Orden 507/2009, de 29 de junio, por la que se establece el calendario de vacunaciones sistemáticas infantiles.
- Valencia: Orden de 11 de enero de 2001, por la que se establece el calendario de vacunaciones sistemáticas infantiles.
- Andalucía: Orden de 6 de febrero de 2004, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones.
- Castilla y León: Orden SAN/1020/200, de 15 de junio, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones sistemáticas.
- Aragón: Orden de 21 de enero de 2008, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones sistemáticas.
- Castilla-La Mancha: Orden de 18 de enero de 2008, por la que se establece el calendario de vacunaciones.
- Cantabria: Orden SAN/18/2010, de 27 de diciembre, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones.
- Islas Baleares: Orden de 30 de marzo de 1998, actualizada por la Orden de 28 de noviembre de 2008, por la que se estable-

Además, algunas Comunidades Autónomas han dispuesto, por ley o reglamento, concretos programas de vacunación obligatoria, bien de forma directa o bien de forma indirecta mediante exigencia de certificado de vacunación para poder inscribirse en un centro o para poder ejercer un determinado oficio o profesión¹⁴, fundamentalmente, en el ámbito escolar y de la infancia. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe citar las siguientes normas:

- Orden, de 11 de mayo de 1983, de Cataluña, por la que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y de seguridad de los centros asistenciales y educativos de niños menores de 6 años, donde se dispone que “Todo el personal se vacunará contra la rubéola teniendo en cuenta que las mujeres en edad fértil se han de comprometer a adoptar las medidas sanitarias preventivas que correspondan durante tres meses después de la vacunación.” (artículo 9.2).

- Decreto 147/1986, de 24 noviembre, de Valencia, por el que se regula el programa para la promoción de la salud de la madre y el niño, en el que se dispone la aplicación de vacunas obligatorias según el calendario que establezca la Consellería de Sanidad y Consumo (artículo 13.3).

- Decreto 61/1991, de 10 de mayo, de Cantabria, por el que se establece la normativa higiénico-sanitaria en las Guarderías Infantiles, en el que se dispone que “Los lactantes que ingresen entre los 6 y 15 meses, se vacunarán previamente contra el sarampión, excepto si existe una contraindicación médica (artículo 24.3).

- Ley 1/1994, de 18 de marzo, de salud escolar, de Valencia. Dispone su artículo 4 que “Los alumnos y las alumnas de nuevo acceso a un centro escolar

aportarán un documento, elaborado con carácter gratuito, cuya base sea, al menos, la fotocopia del carnet de vacunación o de la hoja de cartilla de salud, que justifique su situación vacunal.”

- Ley 12/2001, de 2 julio, de Aragón, de la Infancia y Adolescencia, cuyo artículo 32.2.d) dispone que todos los niños y adolescentes tienen derecho a: “Ser inmunizados contra las enfermedades infecto-contagiosas contempladas en el calendario oficial de vacunación. A tal fin, las Administraciones públicas velarán para que se efectúe el seguimiento de la salud de los niños y adolescentes y el cumplimiento de las vacunaciones obligatorias.”

- Decreto 181/2004, de 30 de noviembre, de Extremadura, por el que se regula los establecimientos no sanitarios destinados a la práctica del tatuaje, micropigmentación, piercing u otras técnicas similares. Su artículo 11.2 dispone que el titular del establecimiento, para su autorización deberá aportar, entre otra documentación: “certificados de vacunación.”

- Decreto 329/2005, de 28 julio, de Galicia, que regula los centros de menores y los centros de atención a la infancia. Su artículo 20, al establecer los requisitos comunes de estos centros, establece el siguiente: “c) Todo el personal que realice funciones de atención y cuidado de los/as niños/as deberá acreditar su correcto estado de salud y con periodicidad anual se someterá a un reconocimiento médico que acredite que no padece enfermedad infecto-contagiosa ni defecto físico o psíquico que impida o dificulte sus funciones. Será igualmente preceptiva la vacunación del personal contra la rubéola, con especial compromiso de las mujeres en edad fértil de adoptar las medidas sanitarias preventivas que correspondan durante los tres meses siguientes a la vacunación.”

C. Recapitulación conclusiva: el confuso e insuficiente marco normativo existente respecto de las políticas públicas de vacunaciones.

A la vista del panorama normativo expuesto, la primera conclusión que salta a la vista es la falta de claridad, por escasa y confusa, de la normativa reguladora de las vacunas, salvo en lo relativo a calendarios vacunales oficiales que, por el contrario, es muy profusa.

De entrada, surge la duda respecto de la vigencia de la Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas, particularmente, ante el silencio sobre la misma de la Ley

ce el calendario de vacunaciones sistemáticas infantiles.

- La Rioja: Orden 3/2001, de 2 de febrero, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones sistemáticas.

- Navarra: Orden 9/2010, de 21 de enero, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones.

- Galicia: Resolución de 12 de septiembre de 2008, por la que se establece el calendario de vacunaciones infantiles.

- Asturias: Resolución de 12 de septiembre de 2008, por la que se establece el calendario oficial de vacunaciones.

- Murcia: Orden de 28 de enero de 2011, por la que se establece el calendario vacunal.

- Canarias: Orden 10 de enero de 2000, por la que se establece el programa de vacunaciones y calendario vacunal.

- País Vasco: tiene establecido un calendario de vacunaciones, pero no aparece publicada en el Boletín Oficial ninguna norma al respecto.

14 Véase al respecto, COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAAE/IVAP, 1988, p. 353.

33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Ye he apuntado que parece que el legislador desea mantener su vigencia. De ser esta la opción, resulta, en mi criterio, inoportuna en buena técnica legislativa. No es bueno mantener la vigencia de un texto legal incorporado a una Ley de 1944 prácticamente ya olvidada por todos. Hubiera sido más oportuno que la Ley General de Salud Pública se pronunciase expresamente sobre esta temática, regulando con el nivel de norma básica en cuanto estrategia de ámbito y proyección nacional, el régimen de vacunaciones recomendadas, a la par que determinando los criterios y situaciones epidemiológicas que pudieran justificar campañas de vacunaciones obligatorias masivas o para determinados grupos de población. Y, por supuesto, derogando expresamente la Ley 22/1980.

Ciencia y política algunas veces no van de la mano. Es el caso en España del calendario vacunal. Mientras los científicos recomiendan un calendario vacunal unificado para todo el país, los políticos lo rechazan por razones competenciales¹⁵. El artículo 19.3 a) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ha incorporado un texto que pretende complacer ambas posturas. Realmente, subyace aquí una cuestión competencial, pues no puede ignorarse que corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de sanidad interior e higiene (artículo 148.1.21° CE), que asumieron todas y que, sin duda, les habilita para fijar sus propios calendarios de vacunación, como regularmente lo vienen haciendo. En el siguiente epígrafe vuelvo sobre esta cuestión competencial.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, tampoco aborda el importante tema de la vacunación obligatoria o no de los profesionales sanitarios. El Anteproyecto de esta Ley sí lo hacía. Su artículo 69.6 sancionaba la libertad de los profesionales sanitarios para vacunarse. Ahora bien, si optaban por no hacerlo, disponía este artículo que debían comunicárselo a los pacientes, los cuales, una vez informados, podían decidir que ese profesional sanitario no les atendiese. Empero, finalmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ha suprimido esta determinación legal, dejando el tema aparcado.

15 Véase las opiniones de los diferentes grupos respecto de la moción presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, que fue rechazada, por la que se instaba al Gobierno a promover en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la implantación de un calendario vacunal único de obligado cumplimiento para todo el territorio nacional. Boletín de las Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado, núm. 109, de 9 de febrero de 2011, pp. 5990 a 6004.

4. ¿ES POSIBLE IMPONER POR NORMA ESTATAL UN CALENDARIO VACUNAL ÚNICO A TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS?

Desde el punto de vista científico, no existe voz discrepante alguna respecto de la conveniencia de que en nuestro país exista un calendario vacunal único¹⁶. Se afirma al respecto que no existen razones epidemiológicas para lo contrario. Empero, todo indica que el problema para imponerlo a las Comunidades Autónomas radica en el reparto de competencias en materia de sanidad interior entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ello ha motivado que la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prevea la implantación de un calendario único de vacunas, pero permitiendo a las Comunidades Autónomas modificarlo por razones epidemiológicas. Así pues, dejando en manos de las Comunidades Autónomas el que, finalmente, exista o no tal calendario vacunal único. De esta previsión legal se infiere que el legislador entiende que la competencia sobre el calendario vacunal está, más bien, en manos de las Comunidades Autónomas. Y, en efecto, no puede obviarse que la “sanidad e higiene” fue materia asumida por todos los Estatutos de Autonomía con el carácter de exclusiva¹⁷.

Por su parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, contempla como prestación sanitaria “*las vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes.*” Como puede apreciarse, la dicción utilizada es, cuando menos, confusa. No obstante, conforme al reparto competencial, la interpretación obligada es que cada Comunidad Autónoma puede elaborar y tener su propio calendario oficial de vacunaciones, con diferencias entre ellos, como, en la práctica, así es.

Hasta el año 2003 hubo un calendario vacunal

16 Así lo viene reclamando reiteradamente la Asociación Española de Pediatría (AEP). Incluso algún político autonómico lo ha reivindicado. Concretamente, el Presidente de la Junta de Extremadura ha instado al Estado a que establezca un calendario vacunal único. Véase Diario Médico.Com, de 16 de marzo de 2011.

17 Y, en razón de esta asunción competencial, la salud pública fue la primera materia transferida íntegramente a todas las Comunidades Autónomas.

único, pero a partir de este año empezaron las diferencias, llegándose al presente con diecisiete calendarios diferentes. El Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud, en sesión de 18 de marzo de 2010, por acuerdo unánime de todas las Comunidades Autónomas, aprobó la elaboración de un calendario vacunal único, que actualmente se está estudiando y concretando por la Comisión de Salud Pública. De todos modos, también es obligado decir que los diecisiete¹⁸ calendarios vacunales existentes ya cumplen unas pautas mínimas fijadas por el Consejo Interterritorial. Hay un común denominador en ellos que los hace en buena medida idénticos. Las diferencias no radican tanto en las vacunas previstas y recomendadas como en los rangos de edades para su administración.

Así las cosas, creo resulta oportuno hacer un breve excursus en torno al alcance de las competencias del Estado en materia de bases de la sanidad interior y de condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos, y su concreción en el tema de las vacunas, a efectos de valorar la posibilidad de que el Estado fije un calendario vacunal único.

El Tribunal Constitucional, en su temprana Sentencia 32/1983, de 28 de abril, dijo que del conjunto de los artículos 43, 51, 149.1.1 y 139.2 de la Constitución, resulta la exigencia constitucional de un “sistema normativo de la sanidad nacional”, idea que reitera en su sentencia 67/1985, de 16 de julio, donde habla de “globalidad del sistema sanitario”. Resulta entonces que la sanidad, además de un servicio público fundamental, es un sistema global de ámbito nacional, que tiene por finalidad garantizar una uniformidad mínima de la prestación sanitaria a todos los ciudadanos.

Por otra parte, el contenido y alcance de las bases de la sanidad interior ha sido paulatinamente elaborado por el Tribunal Constitucional a lo largo de diversas sentencias en las que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Ha elaborado una noción material de bases identificándolas con un mínimo común denominador, con un sistema normativo sanitario nacional que asegure la unidad fundamental. En lo atinente a la noción material, lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Así pues, un marco

normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad, a partir del cual cada Comunidad Autónoma pueda, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto de Autonomía. En la Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, fundamento jurídico sexto, insiste en esta doctrina con las siguientes palabras:

“En relación al concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Efectivamente, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.”

Transcribo literalmente este razonamiento porque creo que es de suma importancia. Y lo es porque reiterando el Tribunal Constitucional su posición nuclear de que las bases de la sanidad tienen por objeto preservar la existencia de un sistema normativo sanitario nacional, añade algo más, algo que hasta esta sentencia no había dicho, al menos de una forma tan clara y rotunda. Y es que las normas de las Comunidades Autónomas pueden tener por objeto una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado. Es decir, afirma que las Comunidades Autónomas puedan mejorar las prestaciones sanitarias básicas establecidas por el

18 Diecinueve con Ceuta y Melilla.

Estado, bien adicionando nuevas prestaciones sobre las mínimas establecidas para todo el territorio, bien mejorando su contenido o nivel técnico mediante financiación añadida.

De otro lado, la realización efectiva del principio de igualdad ha de ser promovida por los poderes públicos, correspondiendo, en concreto, al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 149.1.1 CE). Y, ciertamente, tales condiciones básicas de igualdad se predicen fundamentalmente de los derechos constitucionales de la sección segunda del capítulo II del título I y de los derechos de prestación del capítulo III (sanidad, seguridad social, medio ambiente, vivienda, consumo, etc.), pues son estos derechos los que requieren de leyes ordinarias, no de leyes orgánicas, y de una actitud positiva de hacer de los poderes públicos central y autonómicos, cada uno en uso de sus respectivas competencias, de cuyo ejercicio surgirán ordenamientos jurídicos diferentes con regulaciones divergentes de la respectiva materia. Es, pues, la constatación de esas hipotéticas divergencias normativas lo que impulsó al constituyente a incorporar la cautela del citado artículo 149.1.1 CE cuyo objetivo es que el Estado evite que el despliegue de las competencias autonómicas cree rupturas no tolerables (divergencias irrazonables y desproporcionadas)¹⁹.

El título competencial derivado del artículo 149.1.1 CE sólo habilita para normar, no para ejecutar o gestionar, acción que corresponde a los titulares de la competencia sectorial, y no es sinónimo de legislación básica, de manera que no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. Su objeto es el entero establecimiento de aquellas condiciones que tiendan a garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de que se trate. Ahora bien, ese entero establecimiento no es equivalente a una completa y acabada normación del derecho, por lo que las Comunidades Autónomas con competencia podrán aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho. Las condiciones básicas de igualdad se predicen de los derechos constitucionales en sí mismo considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata con el derecho a la

protección de la salud. (STC 61/1997, f. j. 7).

Sentado lo anterior, importa añadir que, a tenor de la referida doctrina del Tribunal Constitucional, no hay óbice para admitir que el título competencial de regulación de las condiciones básicas de igualdad puede aplicarse de forma complementaria con respecto a otras reglas competenciales previstas en el artículo 149.1 CE, en nuestro caso, las bases de la sanidad interior (art. 149.1.16), es decir, cabe la utilización conjunta de ambas reglas competenciales de manera que la regla del art. 149.1.1 venga a complementar a la regla del art. 149.1.16.

Pero aceptado esto, también resulta inexcusable dejar bien sentado que la doctrina del Tribunal Constitucional, insistentemente declara que el principio de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones (STC 37/1981), de tal manera que los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE, no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de derechos se refiere, una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (STC 37/1987). En fin, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, insistiendo en la idea de un mínimo común denominador, termina afirmando que el artículo 149.1.1 CE habilita al Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que no conlleva la exclusión de la diferencias en las normas complementarias de las Comunidades autónomas.

En definitiva, se trata de estructurar un sistema sanitario armónico, coherente, solidario y equitativo, pero en el que es posible y plausible la diversidad y, dentro de una igualdad básica, diferencias jurídicas y fácticas que, directa o indirectamente, incidirán en unos mayores o menores contenidos en el ejercicio del derecho a la protección de la salud.

La sanidad, como actividad de los poderes públicos dirigida a organizar y tutelar la salud, trata de hacer efectivo el derecho individual a la protección

¹⁹ Sobre la garantía de igualdad básica de los ciudadanos en un sistema sanitario descentralizado, véase PEMÁN GAVÍN, J., *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Estudios jurídicos, Editorial Comares, 2005, pp. 165 a 175.

de la salud proclamado por el artículo 43 CE. El contenido básico de este derecho tiene que ser igual en todo el país (artículo 139 CE) por lo que el Estado es competente para definir las condiciones básicas de su ejercicio (artículo 149.1.1 CE). En consecuencia, sobre la materia sanidad inciden las reglas 1ª y 16ª del artículo 149.1 CE. La regla 16ª será, de entrada, el precepto más específico y la regla 1ª el más genérico. Ello porque mientras esta última se proyecta de modo general sobre todos los derechos fundamentales, la primera lo hace de modo específico sobre el derecho a la protección de la salud. Ambas reglas o títulos competenciales son aptos para fijar un contenido mínimo y unitario del derecho a la protección de la salud, pero la regla 1ª habilita para incidir en el derecho a la protección de la salud desde la concreta y exclusiva perspectiva de la garantía de igualdad, y la regla 16ª habilita para incidir en el derecho desde la perspectiva del sector material en el que se inserta, que no es otro que el Sistema sanitario. Entonces, cuando se trata de regular no tanto la estructura y organización del Sistema sanitario como concretos contenidos mínimos y comunes del derecho individual a la protección de la salud, creo que, sin desplazarla totalmente, prevalece la regla 1ª sobre la 16ª, de manera que antes que “bases de la sanidad” lo que se están fijando son “condiciones básicas de igualdad” en el ejercicio del derecho a la protección de la salud.

Supuesto lo anterior, tenemos que las vacunaciones son una prestación del Sistema Nacional de Salud. Y, respecto de las prestaciones sanitarias, el Estado tiene competencia para fijar un mínimo común denominador que garantice unas condiciones básicas de igualdad. Puede, por tanto, fijarlo también en este ámbito dirigido a prevenir y proteger la salud colectiva mediante un calendario vacunal de común aplicación en todo el territorio nacional, que establezca las vacunas recomendadas de prestación pública y gratuita. Indudablemente, esa fijación corresponde hacerla al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pero sus acuerdos tienen el valor de recomendaciones y no vinculan a las Comunidades Autónomas. No me cabe duda de que si el calendario es acordado y aprobado por todas las Comunidades Autónomas, tenderán a cumplirlo. Pero también puede terminar habiendo divergencias en razón de las políticas sanitarias propias de cada Comunidad Autónoma en razón de concretas coyunturas epidemiológicas que surjan en sus ámbitos territoriales.

Entonces, la pregunta obligada es si ese calendario puede establecerlo el Estado por vía de legislación básica a efectos de imponerlo. Creo que pue-

de hacerlo, pero importa precisar el alcance de esa imposición. A tenor de la doctrina constitucional expuesta, debe conformarse como un mínimo común denominador dirigido a garantizar una igualdad básica de los ciudadanos y, por ende, un sistema sanitario equitativo, que las Comunidades Autónomas deberán respetar, pero ello sin perjuicio de que también las Comunidades Autónomas puedan mejorar ese calendario adicionando mejoras, nuevas vacunas, etc., incluso alterándolo cuando concurren circunstancias epidemiológicas justificadas y excepcionales. Sin duda, la competencia asumida estatutariamente en materia de sanidad e higiene les habilita a ello.

Ahora bien, como parece ser el deseo del legislador según la redacción que ha dado al artículo 19.3 a) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, lo más sensato es que sea el Consejo Interterritorial quien, con el consenso de todas las Comunidades Autónomas, apruebe definitivamente el calendario vacunal único, y, seguidamente, sin necesidad de intermediación normativa del Estado, sea puesto en práctica en todas las Comunidades Autónomas, que solo deberán alterarlo o mejorarlo con adiciones cuando concurren causas epidemiológicas muy justificadas. En suma, se trata de alcanzar una solución por consenso, no de imponerla.

5. LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA: DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS Y CRITERIOS Y REQUISITOS DE CONCILIACIÓN

La aplicación forzosa de vacunas limita la plena efectividad de algunos derechos constitucionales, e, incluso, puede vulnerarlos. Los derechos afectados son: el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE), pues la vacuna en sí misma considerada es una agresión física y, además, puede perjudicar la salud del afectado²⁰; el derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa (artículo 16.1 CE), respecto de las personas que rechazan ciertas actuaciones médicas por razón de la confesión religiosa que practican o de su posicionamiento ideológico; el

20 El Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (entre las más recientes, STC 62/2007, de 27 de marzo) y en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio, ya precisó que el derecho fundamental a la integridad física “resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.”

derecho fundamental a la educación en los supuesto en los que, conforme a la reglamentación existente, se niega a un niño el ingreso en un centro escolar por la negativa de los padres a su vacunación (artículo 27.1 CE); y el derecho a la autodeterminación individual (cuyo basamento se encuentra en el artículo 1.1 CE), pues la vacuna se impone contra la voluntad del afectado, no mediando consentimiento previo.

No obstante, esas limitaciones de derechos pueden tener fundamento constitucional. El artículo 43 de la CE, además de proclamar el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, manda a los poderes públicos tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de la prestación de los servicios necesarios. Por tanto, la prevención de las enfermedades transmisibles se constituye como un fin constitucional que legitima limitaciones de derechos ciudadanos, muy concretamente, del derecho fundamental a la integridad física, del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa²¹ y del derecho de autodeterminación individual, concretado aquí, en el derecho a rechazar tratamientos médicos.

Pues bien, la vacunación como medida necesaria para prevenir enfermedades contagiosas puede tener plena justificación constitucional aunque implique una agresión a los derechos constitucionales enumerados. Así lo puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de marzo de 2000 (–JUR/2000/204924–), que cito aquí por tener el valor de ser el primer pronunciamiento judicial sobre vacunación forzosa u obligatoria desde la entrada en vigor de nuestra Constitución. Razonando que *“La convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general.”*

En efecto, el interés general que implica la prevención de enfermedades contagiosas, haciendo así efectivo el derecho constitucional de las personas a la protección de la salud, legitima limitaciones a los derechos aludidos. Y es que no existen derechos absolutos e ilimitados. El TC ya señaló tempranamente que *“la Constitución no sanciona derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que en relación*

a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.” (SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 2/1982, de 17 de enero). La STC 62/82, de 15 de octubre, también recordó que *“que la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial del derecho.”* Y para la fijación de tales límites el TC se remite al artículo 53.1 CE en cuanto dispone la regulación por ley de los derechos fundamentales. Caben, por tanto, limitaciones que han de respetar los siguientes presupuestos:

- a) Que la limitación venga establecida por ley (STC 62/1982, de 15 de octubre).
- b) Que tengan por fundamento proteger otros derechos o bienes constitucionales (STC 43/1983, de 27 de mayo). En el ámbito que nos ocupa tienen por objeto proteger la vida y la salud de las personas.
- c) Que las limitaciones sean necesarias para conseguir el fin perseguido (STC 13/1985, de 31 de enero).
- d) Que sean proporcionadas a ese fin (STC 37/1989, de 11 de febrero).
- e) Que no menosprecien la dignidad de la persona (STC 181/2004, de 2 de noviembre).
- f) Que respeten el contenido esencial del derecho fundamental (STC 11/1981, de 8 de abril).

Además, el Tribunal Constitucional ha fijado unas exigencias específicas relativas a la práctica de intervenciones corporales, referibles también al principio de proporcionalidad, para que sean válidas en cuanto son limitaciones al derecho fundamental a la integridad física (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 207/1996, de 16 de diciembre). Concretamente, establece los siguientes presupuestos:

- a) En ningún caso puede acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud

21 Conforme al artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa tiene como único límite la salvaguardia de unos valores que enumera este artículo, entre ellos, la salud pública.

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se ha de efectuar por personal sanitario, que debe ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (artículos 10.1 y 15 CE).

En fin, la posibilidad de imponer obligatoriamente vacunas, en cuanto tal acción limita derechos fundamentales, debe tener habilitación legal previa, y, en efecto, la tiene en la Ley Orgánica, 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Además, esta última, en su artículo 28 enumera unos principios a los que se deben sujetar las medidas preventivas de carácter limitativo que las autoridades sanitarias puedan actuar o disponer en momentos concretos, principios tales como la no utilización de medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida, o que las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan. En suma, la conciliación entre las medidas limitativas o ablatorias que nos ocupan y los derechos fundamentales afectados se mueve en dos planos diferentes: de un lado, exige previsión legal suficiente, y de otro, requiere que las concretas actuaciones que realicen las autoridades sanitarias se ajusten plenamente a los principios y presupuestos enumerados.

De estos presupuestos, quizás, al que más atención ha de prestar la autoridad sanitaria cuando, ante concretos episodios epidémicos, disponga la vacunación obligatoria, aparte de la necesidad de la medida, es que su administración pueda suponer, para quien tenga la obligación de soportarla, un riesgo o quebranto para su salud o un riesgo para su vida. De ahí que, atendiendo a estos presupuestos, muy unidos a los principios de precaución y proporcionalidad, las autoridades sanitarias no deben disponer campañas de vacunaciones obligatorias indiscriminadas sin atender a las circunstancias personales de los afectados, sino que, muy al contrario, deberán prever y disponer la dispensa de la obligatoriedad de la vacunación a aquellas personas que por sus condiciones, su estado de salud, sus antecedentes médicos, etc., se constate o se sospeche razonablemente que

su aplicación podría provocarles un quebranto de su salud o poner en riesgo su vida. Entiendo que el posible quebranto de la salud ha de ser serio, relevante, no bastando los usuales efectos secundarios leves y temporales que, por lo general, suelen producir las vacunas.

Pero, además, es preciso un específico requisito para lograr esa conciliación: la autorización judicial de la concreta medida que se instrumente.

Como acabo de indicar, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, habilita directamente a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas para el reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de personas cuando se aprecie indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Se trata de una habilitación directa a las autoridades sanitarias. Por su parte, el artículo 28 de la Ley General de Sanidad, muy sucintamente enumera unos principios a los que deberán acomodarse las medidas preventivas que actúe la Administración: preferencia por la colaboración voluntaria, prohibición de medidas que conlleven riesgo para la vida, proporcionalidad de las limitaciones, y utilización de las medidas que menos perjudiquen la libre circulación de personas y bienes. Pero no se establecieron otras garantías jurídicas tales como la autorización judicial cuando haya lesión o restricción de un derecho fundamental, como sistemáticamente viene señalando y exigiendo el Tribunal Constitucional.

Hemos debido esperar hasta el año 2003 para que el legislador, por primera vez, incorporase al ordenamiento jurídico una determinación legal tendente a establecer garantías jurídicas en el ejercicio de estas potestades administrativas cuando no media consentimiento expreso del afectado. Concretamente, al artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se le añade en el año 2003²² el siguiente párrafo: *“Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción*

22 Mediante la Disposición Adicional 14ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

de la libertad o de otro derecho fundamental.”

Y por ser hasta el momento la primera y única decisión judicial autorizando una campaña de vacunación obligatoria en la que se valoran los criterios de conciliación de tal medida coercitiva con los derechos constitucionales afectados, creo oportuno traer a colación en este momento el Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada –RJCA/2010/841–, que ratifica la medida de las autoridades sanitarias de la Junta de Andalucía de vacunar forzosamente contra el sarampión a treinta y cinco niños cuyos padres se habían negado a su vacunación. El Juez considera que, si bien se encontraba comprometido el derecho a la integridad física de los escolares, no obstante, se cumplían los requisitos y condicionantes que el Tribunal Constitucional viene exigiendo para que la medida encuentre justificación constitucional. Razona al respecto lo siguiente:

“Cuando en el caso concreto se constata que se encuentra comprometido el derecho a la integridad física, el Tribunal Constitucional se ocupa de exponer los requisitos necesarios para que la medida se encuentre constitucionalmente justificada: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada Judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde; y, finalmente, proporcionalidad de la medida de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A estos condicionantes se añade una última limitación que opera tanto en el memento aplicativo como en el legislativo: “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” y “la practica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (artículos 10.1 y 15 CE).

Entendemos que no suscita debate que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la

Junta de Andalucía persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido, bastando a estos efectos recordar lo reseñado en el hecho segundo de esta resolución; en resumen, que mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no dejan secuela alguna, sin que se asocien enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en un 5-15% de los casos, e incluyen otitis media, laringotraqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con deficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil.”

Puede apreciarse que el juez aplica el principio de proporcionalidad ponderando los tres elementos o subprincipios que lo integran:

- a) el juicio de idoneidad o adecuación de la medida, examinando la relación causal existente entre el legítimo fin perseguido y el medio utilizado en base a los datos empíricos facilitados por la Administración sanitaria;
- b) el juicio de necesidad de la medida, esto es, de la idoneidad de la medida para alcanzar el fin perseguido;
- c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la constatación de que de la medida impuesta se derivarán más beneficios para el interés general, que hipotéticos perjuicios para los niños afectados. Realizado y explicitado ese análisis, concluye el juez apreciando la legitimidad de la decisión de imponer forzosamente la vacuna al grupo de niños.

6. EL ALCANCE DE LA HABILITACIÓN LEGAL PARA DISPONER VACUNACIONES OBLIGATORIAS

Siguiendo a COBREROS MENDAZONA²³, en lo que aquí interesa pueden distinguirse tres supuestos de vacunación obligatoria: a) vacunas obligatorias para toda la población; b) vacunas obligatorias para toda la población, pero solo en caso de epidemias o riesgo de las mismas; c) vacunas obligatorias solo para determinadas personas en atención al tipo de trabajo o profesión que ejerciten o a la situación en la que se encuentren.

Es importante distinguir entre las vacunaciones masivas exigidas por la existencia de una epidemia o la previsibilidad de la misma por el riesgo derivado de la aparición de repetidos casos de la enfermedad, de las vacunaciones sistemáticas ordinarias según calendario vacunal cuya virtualidad es únicamente prevenir hipotéticas pandemias.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. A su vez, el artículo 3 dispone que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Ahora bien, el artículo 1 de esta Ley establece que tales medidas podrán adoptarse por las autoridades sanitarias cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia y necesidad. Como complemento de la Ley Orgánica, cabe citar el artículo 26.1 de la Ley General de Sanidad, en cuanto dispone que en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, citando entre otras “la inter-

vención de medios personales”.

A su vez, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dispone que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, entre otros casos, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

Entonces, conforme a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, es constitucionalmente legítimo imponer la vacunación obligatoria masiva o a un concreto colectivo poblacional cuando existe una epidemia declarada, o cuando, sin haber todavía epidemia, el riesgo de que se produzca es inminente. Por el contrario, no sería constitucional imponer una vacuna obligatoria masiva según calendario con el objeto de, simplemente, prevenir hipotéticas epidemias. Igualmente, las vacunas obligatorias solo para determinadas personas en atención al tipo de trabajo o profesión que ejerciten o a la situación en la que se encuentren, estarían legitimadas cuando existe un riesgo real y cierto para la salud de terceras personas (son los casos paradigmáticos de los escolares²⁴ y de los profesionales sanitarios), no con carácter meramente preventivo, es decir, sin mediar una situación de riesgo real, o cuando el riesgo es solo para la propia salud.

Según la literalidad del artículo 8.6, de la LJCA y en línea con los criterios sentados por la Ley Orgánica 3/1986 ya expuestos, es preciso que concurren dos supuestos para que pueda solicitarse autorización judicial y para que el Juez pueda otorgarla: la urgencia y la necesidad de la medida para preservar la salud colectiva por existir un riesgo real e inminente, correspondiendo a la autoridad sanitaria acreditar esa necesidad y urgencia²⁵.

En suma, los preceptos legales citados no contienen una habilitación genérica y abierta para que las autoridades sanitarias dispongan actuaciones limitativas de los derechos fundamentales ciudadanos cuando lo estimen conveniente, sino que debe existir

²³ Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, HAEE/IVAP, 1988, p.353.

²⁴ Este es el supuesto en el que se encuadra el Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada.

²⁵ Véase en este sentido el trabajo de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2009, p. 81.

un riesgo real, esto es, un peligro cierto suficientemente constatado epidemiológicamente, que ponga en peligro la salud de la población en general o de determinados colectivos de ciudadanos, y la medida ha de ser necesaria para atajar ese riesgo inminente. El peligro que se trata de atajar a de afectar al orden público del que es elemento constitutivo la salud pública. En el contexto del derecho a la libertad religiosa, pero como criterio de limitación extensible al resto de derechos que nos ocupan, dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 46/2001, de 15 de febrero, que “en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.”

Entonces, y solo entonces (peligro cierto para la salud pública), tendrá legitimación constitucional la aplicación de vacunas con carácter obligatorio.

7. EN PARTICULAR, LA POLÍTICA DE VACUNACIÓN SISTEMÁTICA COMO TÉCNICA ORDINARIA DE PREVENCIÓN EN EL ÁMBITO ESCOLAR Y EN EL DE LOS CENTOS SANITARIO-ASISTENCIALES

A. La vacunación obligatoria de los escolares

En el campo de las vacunaciones infantiles, preciso es distinguir los supuestos en los que, conforme a la normativa escolar, se niega a un niño el ingreso en un centro escolar por la negativa de los padres a su vacunación, por tanto, ante una exigencia legal o reglamentaria basada en meras medidas preventivas de hipotéticos contagios, no ante una situación real de riesgo, de los supuestos en que se impone forzosamente una vacuna ante una situación epidémica o de riesgo real y grave de contagio.

a) Supuesto en los que, conforme a la reglamentación existente, se niega a un niño el ingreso en

un centro escolar por la negativa de los padres a su vacunación.

En estos casos, entiendo que se vulnera el derecho fundamental a la educación de los menores afectados²⁶. Recordemos que, a tenor de la Ley Orgánica 3/1986, es preciso que concurren dos condicionantes para que pueda solicitarse autorización judicial y para que ésta pueda otorgarse: un riesgo real e inminente que ponga en peligro cierto la salud de la población y la necesidad de la medida para preservar la salud colectiva²⁷. De entenderse esto así, y creo que así debe entenderse, las normas autonómicas que establecen la exigencia de certificado de vacunación para poder inscribirse a niños y adolescentes en un centro escolar, con total abstracción de los requisitos citados, carecen del respaldo de la Ley Orgánica 3/1986 para limitar derechos fundamentales, en esta caso, a la educación, y, por tanto, deben reputarse nulas de pleno derecho en cuanto limitan derechos fundamentales sin habilitación legal suficiente²⁸.

Empero, la STSJ de Cataluña, de 28 de marzo de 2000 –JUR/2000/204924–, no parece que lo entendió así, al ratificar la inadmisión de una niña en un centro escolar por falta de vacunación. Sus padres se habían opuesto a que fuera vacunada y era requisito necesario para el ingreso en el centro escolar. Sin embargo, no concurría ninguna situación real de riesgo de contagio como consecuencia de la admisión de la niña. Simplemente, se aplicaba la reglamentación existente. Razona la sentencia que *no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traduce en la práctica en la exigencia de acreditar las vacu-*

26 En este mismo sentido, CIERCO SIEIRA, C., “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población.”, en *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, 2005, p. 234.

27 Véase en este sentido el trabajo de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2009, p. 81.

28 Aunque se entendiese que sigue vigente la Ley de 24 de abril de 1980, ha de tenerse presente que no tiene carácter de ley orgánica, y el TC ha insistido en que cualquier limitación de aspectos esenciales de un derecho fundamental exige Ley Orgánica. Así, la STC 132/2010, de 2 de diciembre, que ha declarado inconstitucionales, aunque no nulos, dos incisos del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

naciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo.

No comparto la afirmación de que no hay vulneración del derecho fundamental a la educación. En mi criterio, haciendo abstracción de caso concreto de la sentencia, la expulsión por la circunstancia de que un escolar no esté vacunado, vulnera el derecho fundamental a la educación en sus dos variables de derecho a la educación y derecho a la elección de centro escolar. Seguidamente, trato de motivar este aserto.

El derecho fundamental a la educación comprende la facultad de elegir centro docente, y puede ser que los padres eligieran, precisamente, el centro del que ha sido expulsada la niña. Y al respecto, afirma el Auto del Tribunal Constitucional 382/1996, de 18 de diciembre, que *“Este derecho de acceder al centro escolar elegido encuentra, obviamente, un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, de tal modo que la expulsión de la escuela, en determinadas circunstancias, puede entrañar la vulneración del derecho a la educación. Así lo reconoce el TEDH (Sentencia Campbell y Cosans, de 25 de febrero de 1982, §§ 39-41) e, igualmente, también nosotros hemos tenido ya ocasión de advertirlo. Como apuntamos en la STC 5/1981 refiriéndonos expresamente al derecho fundamental que todos los ciudadanos tienen a la educación (art. 27.1 CE).”* Por tanto, la expulsión de un niño de un colegio por, simplemente, no estar vacunado, no mediando un riesgo real de contagio o transmisión de una enfermedad, lesionaría el derecho de los padres a elegir centro educativo.

En todo caso, la expulsión de un niño de un centro escolar por falta de vacunación por exigirle la reglamentación de ese centro, aunque previamente hubiera sido admitido, conlleva, en mi criterio, la vulneración del derecho fundamental porque se le priva, aunque sea temporalmente, de recibir la educación a la que tiene derecho. Ciertamente que la jurisprudencia admite que la expulsión de un centro no necesariamente implica la vulneración del derecho fundamental. Razonan el Auto 382/1996, de 18 de diciembre del Tribunal Constitucional y la STS, de 13 de octubre de 2009 –RJ/2009/5565–, lo siguiente: *“Al objeto de tutelar el pacífico disfrute del derecho a la instrucción del conjunto del alumnado, es un*

deber básico del alumnado, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente; normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados. El incumplimiento de las normas de convivencia, puede por consiguiente justificar suficientemente, la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración de derecho fundamental. Solo en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión.” Las sentencias exigen, por tanto, un comportamiento activo del alumno, esto es, que incumpla sus obligaciones como alumno, lo que altera la convivencia en el centro escolar. Evidentemente, no es el caso de una expulsión por no estar vacunado. Ciertamente que una disposición reglamentaria exigiendo la vacunación no puede tacharse sin más de arbitraria, pudiendo, por el contrario, tildarse de razonable desde el punto de vista de la prevención de la salud colectiva escolar. Pero entiendo que esta “razonabilidad” no es suficiente para legitimar la limitación del derecho fundamental. Y no lo es porque no hay la necesaria proporcionalidad.

Analizado el tema desde la óptica del requisito de la proporcionalidad de la medida con el fin perseguido, requisito necesario para la legítima limitación de derechos fundamentales, en el caso objeto de la sentencia y otros similares, atendiendo a la circunstancia de que médicamente está acreditado, a la par que constatado empíricamente, que la falta de vacunación de un niño no constituye por sí sola un riesgo relevante para la salud de la comunidad escolar, ya que se pueden aplicar otras técnicas preventivas con eficacia similar y sin consecuencias negativas sobre la salud del menor, la vulneración del derecho fundamental a la educación se muestra con naturalidad. Realmente, con la vacunación sistemática recomendada, no obligada, y aceptada mayoritariamente, ya se obtienen altas cotas de inmunidad, y el hecho de que la mayoría de los niños estén vacunados dificulta la circulación del virus, lo que beneficia al no vacunado que está más protegido frente a la enfermedad, es decir, su riesgo de enfermar y contagiar es mínimo. En suma, en mi criterio, la expulsión de un niño del centro escolar por el simple hecho de no estar vacunado, exista o no un riesgo real, y siendo posibles otras concretas medidas médico-preventivas alternativas, es una decisión claramente desproporcionada con el fin perseguido, y, por ende, ilegítima.

Con más acierto, en mi criterio, trata la cuestión la STSJ de La Rioja, de 2 de abril de 2002 -JUR/2002/197129-, que también juzga la inadmisión de un niño en una guardería pública por falta de vacunación, cuando rechaza la vulneración del derecho fundamental a la educación con el siguiente argumento: *“Se argumenta igualmente que la resolución impugnada conculca el derecho a la educación del menor; derecho reconocido por las leyes orgánicas definidoras del sistema educativo. Pero tampoco esta objeción merece consideración alguna si se tiene en cuenta que la cobertura de las Guarderías infantiles tiene carácter voluntario, resultando obligatoria la educación sólo a partir de los seis años.”* Por tanto, a sensu contrario, admite la posible vulneración del derecho fundamental a la educación cuando se trata de la enseñanza obligatoria.

En definitiva, ninguna norma, legal o reglamentaria, debe exigir como medida meramente preventiva la vacunación de niños para el ingreso en centros escolares. Es más, así venía a declararlo el artículo 66.11 del Anteproyecto de Ley General de Salud Pública al disponer que “No será necesario ningún certificado médico para incorporarse a la comunidad escolar”. Sin embargo, desafortunadamente, esta determinación también ha desaparecido de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

b) *Supuestos en que se impone forzosamente una vacuna ante una situación epidémica o de riesgo real y grave de contagio.*

Es el caso acaecido en el año 2010 en el barrio de Albaycín de Granada, que dio lugar al Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada, -RJCA/2010/841-. El Juez, ante la negativa de los padres a la vacunación de sus hijos, concede autorización judicial a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía para vacunar forzosamente a treinta y cinco niños, como consecuencia de un brote de sarampión en un colegio público, en el entendimiento de que la epidemia de sarampión aparecida en el barrio solo podía ser controlada si se vacuna a la práctica totalidad de niños susceptibles al sarampión que habitan en el barrio y que, en especial, acuden al colegio público. El análisis de las circunstancias concurrentes, abocan a la conclusión de que, en este caso, la autorización judicial fue pertinente.

Aquí ya no se trata de la vulneración del derecho fundamental a la educación, sino de la vulneración o no del derecho fundamental a la integridad física de los niños vacunados forzosamente, y del derecho de autodeterminación de los padres al ser vacunados sus hijos contra su voluntad.

Para dilucidar esta cuestión, cabe señalar, de entrada, que, en situación de normalidad, difícilmente es justificable la vacunación obligatoria de niños en contra de la voluntad de sus padres, ya que con los calendarios de vacunación sistemática recomendada, se obtienen tasas elevadas de inmunización. Ahora bien, cuando estos niveles decaen para una enfermedad determinada, en este caso el sarampión, de manera que se genera un riesgo real de contagio y, por ende, un riesgo cierto de epidemia para la comunidad escolar de un área territorial, entonces la obligatoriedad de la vacunación puede ser una opción ética y constitucionalmente justificable. Es lícito hacer prevalecer el derecho de la comunidad escolar a la protección de la salud sobre el derecho individual a la integridad física. En cualquier caso, también es obligado eximir de la vacunación obligatoria a aquellos niños respecto de los que existan contraindicaciones médicas a la vacunación, pues de lo contrario, los efectos secundarios importantes, secuelas, incluso peligro de muerte, generados por la vacuna, harían que la vacuna obligatoria fuera desproporcionada y que, por ende, no se respetase el contenido esencial del derecho a la integridad física.

B. La vacunación obligatoria de los profesionales sanitarios

Ya he dicho que el Anteproyecto de Ley de Salud Pública consagraba expresamente la voluntariedad de las vacunas en el ámbito de los profesionales sanitarios, pero que, finalmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, nada dice al respecto.

Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la única referencia a la vacunación de los profesionales sanitarios la encontramos en el artículo 8.3 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en el que se establece que “Cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a

disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación.”

Esta previsión normativa se puede complementar con las dos siguientes referencias legislativas:

- Artículo 29.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuanto dispone que “Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.” Por otra parte, el apartado 3 de este artículo establece que “El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas.”²⁹

- El artículo 4.5 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en cuanto dispone que “Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión.”

Tenemos, pues, de un lado, un reglamento que invita claramente a los trabajadores a vacunarse frente a los riesgos biológicos que existan en su trabajo, y, de otro, una ley que establece la obligación del trabajador (expresión que ha de entenderse comprende el funcionario y el estatutario), de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional. Tenemos, además, otra ley específica para los profesionales sanitarios, que establece como meta o norte de su actuación el interés y la salud

del paciente y el cumplimiento de las obligaciones deontológicas y de los usos generales propios de la profesión. De esta normativa legal y reglamentaria podemos deducir, sin forzar su interpretación, que es un deber ético y deontológico, aunque no legal en la medida en que esta normativa no exige directamente la vacunación, de los profesionales sanitarios que están en contacto continuo con enfermos y pueden convertirse en un medio de transmisión de algunas enfermedades, el de vacunarse, cuando existen vacunas eficaces. Se ha dicho³⁰ que la vacunación es un criterio de aptitud médica, sobre todo como medida de prevención de contagios, tanto a los propios compañeros de trabajo como a los pacientes, pues, no en vano, el profesional sanitario trabaja en centros en los que convive frecuentemente con personas inmunodeprimidas y donde el riesgo es superior a la media y las consecuencias de la transmisión son más graves.

Las recomendaciones de vacunación para los profesionales sanitarios se clasifican en dos niveles de indicación en relación con el grado de actuación recomendado. Así, se identifican vacunas altamente recomendadas para el profesional sanitario (hepatitis B; gripe; sarampión; rubeola; parotiditis; tétanos-difteria), y vacunas aconsejables para el profesional sanitario en circunstancias singulares (hepatitis A; tuberculosis BCG; varicela; meningitis A+C, fiebre tifoidea). Sin embargo, de los datos ofrecidos por distintos hospitales se constata que el porcentaje de vacunación de los profesionales sanitarios es bajo, alcanzando una media del 35-45%. La hepatitis B es la infección más frecuente entre los profesionales sanitarios, siendo el riesgo de padecerla bastante elevado por causa del contacto con los enfermos y, a su vez, las posibilidades de su transmisión altas. La conciencia de los profesionales sanitarios sobre esta realidad hace que la vacunación contra la hepatitis B alcance, al parecer, el 95%. En cualquier caso, es un hecho innegable que los profesionales sanitarios son reacios a vacunarse.

Así las cosas, cabe preguntarse si debe prevalecer el derecho del profesional sanitario a optar por la no vacunación sobre el derecho de los pacientes a la protección de su salud, esto es, sobre su derecho a no ser contagiados por los profesionales sanitarios que les atienden de una enfermedad de la que son portadores. En mi criterio, la respuesta es clara. Ante esta colisión de derechos, atendiendo a la teleología

29 Sobre esta Ley y su inserción en el ámbito de la salud pública, véase PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 16, número extraordinario, 2008, pp. 58 y 59.

30 Observatorio de Vacunación en el Ámbito Laboral (OVAL). Jornada OVAL, febrero de 2009.

de toda la legislación trascrita, debe prevalecer el derecho de los pacientes a no ser contagiados. A lo anterior hay que añadir que en los hospitales y otros centros sanitario-asistenciales el riesgo de contagio es objetivamente alto y continuado, por lo que también concurren los requisitos exigidos por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril. De todo ello derivaría la legitimidad de imponer por ley a los profesionales sanitarios la obligación de vacunarse frente a la hepatitis B, gripe, etc., salvadas las concretas incompatibilidades o contraindicaciones que pudieran existir. La profesionalidad y responsabilidad de que son acreedores los profesionales sanitarios aboca a esta solución³¹.

8. LA CONVENIENCIA DE CONTAR CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ACABADO Y ACTUALIZADO

Como balance de todo lo expuesto, podemos afirmar que nos encontramos en un campo de actuación administrativa donde impera la incertidumbre y la inseguridad jurídica. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, permite a las autoridades sanitarias adoptar determinadas medidas ablatorias cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia y necesidad. Entre ellas, internamientos forzosos de enfermos contagiosos³² y la administración forzosa de vacunas, pero sin que dicha Ley Orgánica establezca garantía jurídica alguna dirigida a velar por la legitimidad y adecuación de las concretas actuaciones administrativas que conlleven la privación o restricción de la libertad personal o de otros derechos constitucionales que puedan verse afectados. Por su parte, el artículo 28 de la Ley General de Sanidad, muy sucintamente enumera unos principios a los que deben acomodarse las medidas limitativas que actúe la Administración, pero absteniéndose también de incorporar reglas sustan-

tivas y procedimentales que establezcan y concreten las garantías jurídicas pertinentes. Finalmente, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, exige la autorización judicial para intervenciones ablatorias por razones de salud pública, pero sin diseñar u concreto procedimiento garantista de los derechos afectados, de manera que los jueces de lo contencioso-administrativo se ven abocados a acudir, por analogía, al procedimiento establecido en el artículo 763 LEC, declarado inconstitucional, pero no nulo, por el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/2010, de 2 de diciembre.

En suma, actualmente, la Administración sanitaria está dotada de un alto grado de discrecionalidad para decidir y ejecutar intervenciones ablatorias por razones de salud pública, discrecionalidad que conviene acotar y encauzar en todo lo posible. Al logro de este objetivo, hubiera sido oportuno que las lagunas existentes respecto a las necesarias garantías jurídicas que deben enmarcar las actuaciones limitativas que se operen por razones de salud pública, las hubiera cubierto la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Sin embargo, no ha sido así, ello a pesar de que uno de los campos en los que la policía administrativa es más intensa, con las correspondientes intervenciones sobre las personas (tratamientos o internamientos obligatorios, vacunas obligatorias, etc.), y sobre las cosas, es, precisamente, el de la salud pública. Actualmente, la regulación de esta materia se encuentra dispersa en multitud de textos reglamentarios, que regulan diferentes ámbitos materiales (salud escolar, higiene alimentaria, sanidad ambiental, sanidad mortuoria, etc.), y que reiteran las habilitaciones legales generales contenidas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, para la intervención y limitación de la esfera jurídica de los ciudadanos, pero que no se ocupan de abordar y regular convenientemente los derechos y las garantías jurídicas necesarias para el pleno respeto de los derechos ciudadanos, tanto los fundamentales como los específicos derechos en el ámbito de la salud.

Pues bien, existe otra oportunidad para hacer esta regulación. Como he dicho, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad de los incisos iniciales de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario de personas por razón de trastorno psíquico, toda vez que, por ser constitutiva de una

31 BAQUÉ, CAMPIS y BRUGERA, en el libro colectivo dirigido por SALLERAS SANMARTÍ, L., *Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones*, Masson, Barcelona, segunda edición, 2003, p. 867, dan noticia de que en Francia se aprobó la Ley de 18 de enero de 1991, que establece que “todas las personas que trabajen en un centro sanitario y ejerzan una actividad profesional que los exponga al riesgo de infecciones, deben ser vacunados contra la hepatitis B, incluido el personal en formación.” Sobre las vacunas recomendadas al personal sanitario puede consultarse el listado que exponen en las pp. 868 a 874.

32 Sobre esta medida, véase CIERCO SEIRA, C., “Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa.” En *Derechos Fundamentales y otros estudios. Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Gobierno de Aragón, 2011, pp. 805 a 833.

privación de libertad, tal medida solo puede regularse mediante ley orgánica, e instó al legislador a que procediera con la mayor rapidez posible a regular el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica. En consecuencia, el Gobierno de la Nación tiene que elaborar y presentar a las Cortes Generales un proyecto de ley según ha instado el Tribunal Constitucional. En esta ley, además de incorporar la normativa que habilite a la privación de libertad por razones de enfermedad, que tendría carácter orgánico, también podría abordar y regular las cuestiones a que me vengo refiriendo, la mayoría de ellas no con el rango de ley orgánica, sino con el carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.1º y 16º CE.

Esta ley, en suma, podría regular todas estas cuestiones con la complitud necesaria, entre ellas, la vacunación obligatoria de escolares y profesionales sanitarios en los términos en los que me he pronunciado en este trabajo, o en los términos que mejor estime el legislador estatal.

LA REGULACIÓN DEL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO INVOLUNTARIO EN ESPAÑA: CARENCIAS JURÍDICAS HISTÓRICAS Y ACTUALES

Luis Fernando Barrios Flores

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante*

ÍNDICE

1. Introducción.
2. El período de régimen administrativo de los internamientos.
 - 2.1. El precedente francés: la Ley de Alienados de 1838.
 - 2.2. La configuración del régimen de Beneficencia pública en España.
 - 2.3. Los Reales Decretos de 1885.
4. El Decreto de 3 de julio de 1931.
3. El período constitucional.
 - 3.1. El art. 211 CC y la STC 129/1999.
 - 3.2. La Ley Orgánica 1/1996 y la STC 131/2010.
 - 3.3. El art. 763 LEC y la STC 132/2010.
4. Conclusiones y una propuesta de *lege ferenda*.

RESUMEN

El internamiento psiquiátrico involuntario en España ha sido regulado con importantes carencias a través de la historia. Actualmente incluso existen importantes déficits sobre esta materia. Este artículo aborda estas cuestiones y, especialmente, analiza las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional 131/2010 y 132/2010 que declaran no constitucional, por falta de rango normativo, la actual regulación del mencionado internamiento.

PALABRAS CLAVE

Internamiento psiquiátrico involuntario. Déficit de regulación jurídica. Derechos del enfermo mental. Salud mental.

ABSTRACT

The Psychiatric involuntary internment has been regulated with significant gaps through history in Spain. Currently there are significant deficits even in this area. This article discusses these issues and,

especially, analyzes the recent Constitutional Court Judgments 131/2010 and 132/2010 declaring unconstitutional for lack of normative status of the current placement of the aforementioned legislation.

KEYWORDS

Psychiatric involuntary internment. Deficits of juridical regulation. Mental Patient's rights. Mental Health.

1. INTRODUCCIÓN

Las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 131 y 132, ambas de 2 de diciembre de 2010¹, constataron la peculiar -por inconstitucional- situación de la regulación de la privación de libertad de los pacientes mentales en sede civil. Al fin, hubo una autoridad -en este caso judicial- que reparó en que se venía padeciendo un déficit de rango normativo sobre esta materia y “cuestionó”, en base a ello, la constitucionalidad de dicha regulación. Algunos ya lo habíamos destacado años antes, pero ni el poder legislativo ni el ejecutivo consideraron relevante tal

¹ En lo que sigue se citarán como STC 131/2010 y STC 132/2010.

La STC 131/2010, de 2 de diciembre (BOE, 5 de enero de 2011), fue dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, resolviendo la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el art. 211, párrafo primero, del Código civil, y, en su caso, con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Fue ponente el Magistrado Manuel Aragón Reyes.

La STC 132/2010, de 2 de diciembre (BOE, 5 de enero de 2011), fue dictada igualmente por el Pleno del Tribunal Constitucional, resolviendo la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542/2001, planteada asimismo por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Fue ponente el Magistrado Eugeni Gay Montalvo.

En ninguna de estas sentencias hubo votos particulares.

situación legal ni las críticas doctrinales publicadas.

La consideración social y jurídica de los pacientes mentales, a lo largo de la historia ha tenido importantes déficits. En lo que sigue, podrá comprobarse hasta qué punto ello es cierto desde la perspectiva histórico-jurídica española, pero también francesa, inevitable referente en nuestro país cuando se trata de abordar cuestiones civiles y administrativas en general y particularmente en lo que se refiere a la regulación del internamiento psiquiátrico en buena parte de nuestra historia.

En 1976 el Prof. Bercovitz publicó una monografía que tuvo el doble mérito de cubrir un espacio de reflexión que se había mantenido ajeno al interés doctrinal en las décadas precedentes y, a la vez, poner de manifiesto el sesgo discriminador de la normativa sobre pacientes mentales². Efectivamente, como pone de relieve Castilla del Pino en la introducción a la citada monografía, “la tesis fundamental del libro de Rodrigo Bercovitz es la siguiente: el enfermo mental recluido se encuentra privado de garantías jurídicas de todo tipo (...). Ahora bien, si el recluido posee patrimonio relevante y se procede a su incapacitación civil, la persona del recluido adquiere entonces un determinado tipo de protección que, aunque ante todo afecta a su patrimonio, de modo mediato le afecta también a su persona (en tanto propietario de dicho patrimonio)”³.

Es cierto que, desde que Bercovitz publicara aquella obra, se han introducido reformas que han modificado en buena medida tal estado de cosas. Sin embargo, las inercias estigmatizadoras sobre el enfermo –y por extensión sobre la enfermedad mental– han llegado hasta nuestros días –como muestran las citadas SSTC 131/2010 y 132/2010–. Precisamente ello justifica, a mi entender, la relativa amplitud de las referencias históricas sobre esta materia –que hasta donde yo llego no han sido abordadas en esta Revista–.

2. EL PERÍODO DE RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS INTERNAMIENTOS

2 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

3 CASTILLA DEL PINO, Carlos: “La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual”, en BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 11.

2.1. El precedente francés: la Ley de Alienados de 1838

Para entender el caso español, es de inevitable referencia hacer alusión a la evolución que de la regulación del internamiento de los alienados tuvo lugar en Francia, ya que la legislación civil español (más en concreto nuestro Código Civil), si bien “no se limitó a copiar servilmente el francés”⁴, no menos cierta es la amplia influencia del texto galo sobre el nuestro, hasta el punto de poder catalogarse aquel como “inspirador y modelo” del CC español⁵.

El punto de partida de la regulación francesa sobre internamientos psiquiátricos se encuentra en el período ilustrado. Ya en los años prerrevolucionarios se elaboró el Informe de Jean Colombier y François Doublet (1785)⁶ que tiene el notable mérito de hacer una radiografía de la asistencia mental en el país vecino y de enumerar un conjunto de propuestas para una mejor atención de este colectivo de población. Un año antes del Informe mentado, Louis-Auguste de le Tonnelier, Barón de Bréteuil y ministro de la casa del Rey, reglamentó y limitó el uso de las *lettres de cachet*⁷. Estas, que en sus orígenes eran cartas cerradas con el sello regio, dirigidas al Parlamento ordenándole el registro de un Edicto o bien un mandato dirigido a un oficial real para el encarcelamiento de una persona (manifestación de la “justicia retenida”), en el siglo XVIII pasaron a convertirse en mandamientos de privación de libertad. Las *lettres de cachet* ya no estaban reservadas pues, en esta época, al exclusivo uso real o de la alta aristocracia, sino que, según Foucault⁸, era una práctica absolutamente popular, por medio de la cual se pedía, no solo al ministro, sino incluso al comisario de barrio, la detención por delitos, pero también por padecer locura.

4 GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Código Civil, Centenario”, en RICO PÉREZ, Francisco (Coord.): *Centenario del Código Civil. V-1*, Consejo General del Poder Judicial-Ayuntamiento de Yecla, Madrid, 1993, p. 287.

5 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 105.

6 Instrucciones para gobernar a los insensatos y para trabajar en su curación en los asilos que les son destinados” (“Instructions sur la manière de gouverner les Insensés et de travailler à leur guérison dans les Asyles qui leur sont destinés”) han sido publicadas por la Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XX, núm. 73, 2000, pp. 71-88, precedido de una breve nota descriptiva de su contenido e importancia histórica.

7 Vid. QUÉTEL, Claude: *Les lettres de cachet. Une légende noire*, Perrin, París, 2011.

8 FOUCAULT, Michel: “Encierro, psiquiatría, prisión”, en *Un diálogo sobre el poder*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 97-98.

El civilista galo Carbonnier hace una valoración en general positiva del sistema de garantías individuales de los alienados en el Antiguo Régimen. En dicha regulación se distinguirían las dos modalidades de internamiento que posteriormente perdurarían: el internamiento por orden judicial (por sentencia civil de incapacitación o penal declarativa de la irresponsabilidad del autor de un hecho delictivo) y por decisión administrativa (*lettres de cachet*) de oficio o a instancia de los familiares (quienes debían informar a la autoridad exponiendo los hechos causantes de la petición). Incluso, añade, dicho esquema de garantías serviría de inspiración a la posterior Ley de Alienados⁹. Esta visión tan generosa no es compartida por la doctrina mayoritaria, la cual ni siquiera considera un sistema de auténticas garantías el instaurado por el Código Civil, como luego se verá.

Triunfante la revolución en 1789, el art. 9 del Decreto de la Asamblea de 12-16 de marzo de 1790 abolió las *lettres de cachet*¹⁰. Desde este momento revolucionario hasta que fuera aprobada la Ley de Alienados de 1838, hay estudiosos que hablan de un período de “eclipse” (“la longue eclipse”)¹¹. Es decir, el ímpetu de la Revolución por afrontar la situación de los alienados quedaría adormecido en los años siguientes, hasta que fue despertado con la precitada Ley. Ello obedecería a diversas causas (incapacidad de la Revolución de acometer las reformas humanitarias, la limitación de la reforma al espacio parisino y el cierto descrédito del período revolucionario)¹².

Mas lo cierto, es que sí podemos encontrar algunas normativas dispersas en el referido período. Tras aprobarse la abolición de las *lettres de cachet*, fue inmediatamente aprobado el Decreto de 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial en el que figuran, entre las funciones de la policía municipal,

la intervención para evitar los daños que pudieran ocasionar “los insensatos y furiosos dejados en libertad y los animales peligrosos o feroces” (art. 3.6^a). Al año siguiente, por Decreto Ley de 19-22 de julio de 1791, relativo a la organización de la policía municipal y correccional, se establece una pena de multa, al margen de la indemnización de los daños causados, a quienes dejaran vagar a insensatos o furiosos o a animales peligrosos. Toda esta labor normativa pone de manifiesto la amenaza que para el orden público supuso la supresión de las *lettres de cachet* y la necesidad de proteger el nuevo orden burgués¹³. En este sentido, Castel describe como, con la abolición de las *lettres de cachet*, el edificio del Antiguo Régimen, en el que “la administración real, el aparato judicial y la familia se repartían el control de los comportamientos no conformes según procedimientos tradicionales reglamentados”, fue sustituido con la aparición de nuevos agentes que colmaron ese vacío: “justicia (fiscales y jueces), administraciones locales (‘directores de distrito’) y medicina”¹⁴.

Lo cierto es que en este proceso se produce una secuencia de normativas administrativas, sin que se produzca de facto una garantía judicial adecuada.

Siendo Cónsul Napoleón Bonaparte, fue aprobada, por Ley de 24 de marzo de 1804, el Código Civil de los franceses. El interés de Napoleón por esta obra legislativa, quedó demostrado desde sus inicios; al fin y al cabo se pretendía con ella la refundición de toda la tradición jurídica francesa, poniendo de este modo término a la estructura jurídica en la que se basó el Antiguo Régimen. Prueba de su interés es la participación directa que tuvo presidiendo personalmente el Consejo de Estado que procedió a la revisión del texto elaborado por la Comisión creada *ad hoc* para la redacción del Proyecto.

Esta habría sido la mejor ocasión para plasmar en un texto legal, que precisamente trata sobre derechos civiles de los ciudadanos, la privación de libertad que se produce con ocasión del internamiento involuntario de los “alienados”. Mas no fue así. En realidad, el Código Civil francés se limitó a estipular en el pfo. 2º de su art. 510, respecto al alienado: “Según sean los caracteres de su enfermedad, y el estado de sus facultades, podrá disponer el consejo de familia que se le medicina en su domicilio, o se le traslade a

9 CARBONNIER, Jean: *Derecho Civil. T. I. Vol. II. Situaciones familiares y cuasi-familiares*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 615

10 En lo que concierne a los detenidos a causa de demencia, debían ser puestos a disposición judicial en el plazo de tres meses para interrogatorio y ser visitados por médicos para que verificaran la real situación de los pacientes para, a la vista de su estado, ser liberados o trasladados a los hospitales que se indicaran a tal efecto.

11 SÉRIEUX, Paul: *Le régime des aliénés en France au XVIII siècle, d'après des documents inédites*, Masson, París, 1914, p. 150; CASTEL, Robert : *El orden psiquiátrico*, La Piqueta, Madrid, p. 15.

12 HUERTAS, Rafael: “Medicina mental y revolución burguesa: Sobre los orígenes de la asistencia psiquiátrica”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. X, núm. 34, 1990, p. 396.

13 SÉRIEUX, Paul. y TRÉNEL, Marc: *L'internement des aliénés par voie judiciaire (sentence d'interdiction) sous l'Ancien Régime*, Recueil Sirey, París, 1933. Esta labor normativa también está acreditada por HUERTAS, Rafael: “Medicina mental y revolución burguesa...”, op. cit., pp. 397-398.

14 CASTEL, Robert: *El orden psiquiátrico*, op. cit., p. 14.

un hospicio u hospital”. Precepto este incluido en el Cap. II del Tít. XI del Libro I (“De la interdicción”). Efectivamente el juicio de interdicción al que se refiere el art. 489 fue el mecanismo de garantía elegido por el legislador para proteger al alienado.

El mismo año de aprobación del Código Civil se dictó la Circular que el Ministro del Interior dirigió a los Prefectos de los Departamentos, el 17 de septiembre de 1804, reprobándoles que, bajo su propia autoridad, procedieran al arresto de los insensatos para ser encerrados en establecimientos de internamiento. Recuerda esta Circular la normativa antecitada, el deber que tienen los padres de vigilar a los insensatos y la función subsidiaria que a tal efecto tienen las autoridades municipales. Concluye en fin que, aunque los furiosos deben estar en lugar de seguridad, ello ha de hacerse a instancia de la familia mediante el correspondiente juicio de interdicción, que se erige en el instrumento tuitivo frente a cualquier tipo de abuso de la autoridad administrativa.

Bercovitz afirma que “el Código Napoleón presentaba, pues, una gran preocupación por la protección del patrimonio de los enfermos mentales, mientras que el cuidado de su persona le resultaba en el fondo bastante indiferente”¹⁵. Bastante de cierto hay en tal afirmación, pero además, como señalan Colin y Capitán, en la práctica las garantías individuales del insensato eran prácticamente nulas. De haberse aplicado las disposiciones del Código Civil de 1804, que preveía la “interdicción” como mecanismo de protección de los alienados (art. 489 CC), estos habrían estado protegidos. Sin embargo, el rechazo social a la incapacitación era patente por un doble tipo de razones: por un lado, por la lentitud y gastos del procedimiento; por otro, por los efectos negativos que la publicidad de la “tara” provocaba en el interés familiar. Por consiguiente en la práctica, no existiendo disposiciones especiales en el Código Civil de 1804 en relación a la reclusión de alienados, la única regulación aplicable era de índole administrativa (dos Decretos del prefecto de policía de París de 1803 y 1828, luego imitados en otros departamentos)¹⁶. En

definitiva, la reclusión de oficio por la policía era la solución comúnmente aplicada en el ejercicio de los poderes discrecionales reconocidos a aquella por normas administrativas de orden y seguridad (las razones terapéuticas estaban ausentes).

Si las garantías jurídicas propiamente dichas no operaban en aquel tiempo para los pacientes mentales, las condiciones de alojamiento en los establecimientos dejaban igualmente mucho que desear, como describió Esquirol en 1818¹⁷. No obstante, al año siguiente de la denuncia de Esquirol, se dictó un Decreto imponiendo el tratamiento a los pacientes y prohibiendo las medidas de castigo, admitiendo solo las camisas de fuerza¹⁸.

Al fin, la laguna de garantías existente fue colmada, tras un riguroso informe de M. Vivien, mediante la aprobación de la Ley núm. 7443, de 30 de junio de 1838, sobre Alienados¹⁹. Después se aprobaría la Ordenanza de 18 de diciembre de 1839²⁰. Nadie discute la influencia de Jean-Etienne Dominique Esquirol en

de interdicción, BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. T. V. Des personnes*, Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1908, p. 773..

17 En dicho informe afirma Esquirol: “Se maltrata a estos desgraciados con más rigor que a presidiarios y su situación es peor que la de las bestias. En casi todos los sitios se ha alojado a los locos en edificios húmedos e insalubres. Los he visto cubiertos de harapos y su única posesión es un poco de paja para defenderse del frío y humedad de las baldosas sobre las que yacen. Los he visto alimentos groseramente, privados del aire para respirar y del agua para apagar su sed, sin tener ni los alimentos más sencillos, y entregados al dominio y malos tratos de auténticos carceleros. Los he visto en estrechos rincones malolientes sin aire ni luz, encadenados en agujeros en los que daría vergüenza encerrar a esas fieras que una administración amante del lujo mantiene en las capitales;”. Reproducido en DÖRNER, Klaus: *Ciudadanos y Locos. Historia social de la psiquiatría*, Taurus, Madrid, 1974, p. 205.

18 “Instruction ministérielle demandant aux préfets de favoriser l’amélioration des conditions d’existence des insensés dans les hospices, les dépôts de mendicité, les prisons et de faire en sorte de les regrouper dans un même lieu” (1819).

19 Bibliografía sobre la normativa francesa de 1838 en SAVATIER, René: *Les personnes*, Tome I, en PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, 2ª edic., p. 757, nota 1. Los hitos históricos previos a la Ley de 1838 están incluidos en el cuadro que proporciona CASTEL, Robert: *El orden psiquiátrico*, op. cit., pp. 315-325.

20 El texto completo de la Real Orden que aprueba el Reglamento sobre los manicomios públicos y privados en Francia, en TARDIEU, Ambrosio: *Diccionario de Higiene Pública y Salubridad*, Impr. de F. Maroto e Hijos, Madrid, 1884, T. V, pp. 142-147. Un examen médico-legal de la ley en LEGRAND DU SAULLE, Henri: *Traité de médecine légale et de jurisprudence médicale et de toxicologie*, Adrien Delahaye, Paris, 1874, pp. 556-727.

15 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...* op. cit., p. 107.

16 Se apunta el dato de que en el hospicio de Bicerta, en 1837, de 613 alienados sólo 19 habían sido incapacitados; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil, T. 2º, Vol. I. Incapacidad civil - Personas jurídicas* (con notas sobre el Derecho civil español de Demófilo DE BUEN), Reus, Madrid, 1923, p. 280. En definitiva, a pesar de las prescripciones legales los internamientos tenían lugar, aún no mediando sentencia de interdicción, hasta el punto de que solo un 3% de los internados estaban a la vez sometidos a la medida

el contenido de la Ley de 1838; incluso se la ha denominado, precisamente por ello, Ley Esquirol²¹.

Llama la atención el hecho de que la ley de 30 de junio de 1838 dedique tan considerable atención al aspecto patrimonial relacionado con los internamientos: nombramiento de un administrador provisional de los bienes (art. 32), nombramiento de mandatorio especial para representación en justicia (art. 33), poderes (art. 37), nombramiento de curador (art. 38), invalidez de actos efectuados por el demente (art. 39), audiencia del ministerio público respecto a negocios del internado (art. 40).

El modelo que instaura la Ley sobre los Alienados de 30 de junio de 1838 es básicamente administrativo. Los “internamientos ordenados por la autoridad pública” son decididos por órganos administrativos (Prefecto de Policía en París y Prefectos en los departamentos) (art. 18), contemplándose incluso que fueran autoridades inferiores (Comisarios de Policía de París y Alcaldes de las otras comunas) quienes adoptaran la decisión “en caso de daño inminente, atestado por el certificado de un médico o por la notoriedad pública” (art. 19). La intervención judicial sólo tenía lugar en vía de apelación ante el tribunal en donde estuviera ubicado el establecimiento de internamiento (art. 29). Es este un dato que habrá que tener en consideración por lo que a continuación se dirá para el caso español.

Pero en fin, Francia ya dispuso, aunque a extra-muros del Código Civil, de un texto civil (el internamiento penal tiene otros referentes) específicamente destinado al internamiento de los alienados. La importancia del mismo radica en su longeva vida y en haber servido de ejemplo para otros textos legales que fueron aprobados en otros países europeos. En Bélgica (1850) y en Italia (Ley de 14 de febrero de 1904), por ejemplo, también se siguió el criterio de regular mediante Ley el internamiento de los alienados.

La mayor parte del articulado de la Ley de 30 de junio de 1838 fue incluido en el *Code de la Santé publique* de 5 de octubre de 1953, concretamente en sus arts. 326 a 355²², texto normativo que ha sido ob-

jeto de varias reformas posteriores²³. En la actualidad rigen en materia de hospitalización psiquiátrica los extensísimos arts. 3211-3214 de la Parte Legislativa del *Code de la Santé publique*²⁴.

En definitiva, en el caso francés, el Código Civil omitió una regulación específica sobre los internamientos psiquiátricos. Tal laguna fue colmada con la Ley de Alienados la cual, tras sucesivas reformas e importantes incorporaciones en las últimas décadas, ha sido sustituida por el *Code de la Santé publique*. Ningún reproche de rango legal cabe expresar. Si algo habría que reprochar es el sistema fuertemente administrativizado (especialmente en el caso de hospitalización de oficio), con menoscabo de la intervención judicial²⁵. En España, como a continuación veremos, se siguió el modelo administrativo, mas no se hizo lo propio en lo que a rango normativo respecta.

2.2. La configuración del régimen de Beneficencia pública en España

En la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, se recogen las bases del régimen público de Beneficencia que se prolongará a lo largo de todo el siglo XIX y abarcará buena parte del siglo siguiente. Esta Constitución encomienda, en sus arts. 321.6º y 335.8º, la competencia de Ayuntamientos y Diputaciones en materia de establecimientos de Beneficencia, aunque no concreta el reparto de atribuciones²⁶.

23 Para un análisis más exhaustivo de la legislación francesa sobre internamientos, tras las reformas de 1953 y 1968 Cfr. BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., pp. 112 y ss; PELICIER, Y.: “La legislación de las enfermedades mentales en Francia”, *Psicopatología*, 1982, 2:4; COBREROS MENDAZONA, Edorta: “Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 94, Ene.-Abr., 1981, pp. 147-152; FORGES, J.M. de: *L'hospitalisé*, Editions Berger-Levrault, París, 1975; PREVAULT, J.: Voz “Aliénés”, *Repertoire de Droit Civil*, 2ª edic, T. I, Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1977; CHAMPEONIS, G.: Voz “Incapables majerus”, *Repertoire de Droit Civil*, 2ª edic, T. IV, Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1977.

24 El detalle de concordancias y antecedentes de estos preceptos está disponible en la URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110728>.

25 No obstante, la necesidad de dicha mayor intervención judicial se ha reconocido recientemente en una Decisión del Consejo Constitucional francés (Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010) al afirmar que el art. 3212-7 CSP es contrario a la Constitución francesa, por incumplir el art. 66 de la misma (garantías judiciales en la detención), al permitir que los pacientes —en el caso de ingreso a demanda de tercero— puedan permanecer un plazo superior a 15 días sin intervención judicial.

26 Por aquel entonces, en la doctrina, la competencia mu-

21 ALVAREZ, Raquel, HUERTAS, Rafael y PESET, José Luis: “Enfermedad mental y sociedad en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX”, *Asclepio*, Vol. XLV, núm. 2, 1993, p. 42.

22 Cfr. MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil*, T. I, Sirey, París, 1956, pp. 1142-1147.

Reinando Fernando VII, y en desarrollo de los mandatos constitucionales, fue promulgada la Ley 23 de enero-6 de febrero de 1822²⁷ (conocida también como Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821)²⁸, la cual marca un hito fundamental de nuestra historia asistencial, al menos en el plano teórico, ya que sus previsiones no se materializaron. Esta norma vino a suponer el cambio de concepción acerca de cómo debía hacerse frente a las necesidades de asistencia social. O lo que es igual, supone el cambio de la caridad -que durante siglos había sido la única forma de realizar la función de asistencia social- a la beneficencia. Ello supuso un salto cualitativo en el propio fundamento de la función asistencial. Hasta entonces, era la doctrina cristiana de la fraternidad la que inspiraba la obligación moral del creyente de auxiliar a otros seres humanos. Ahora tal obligación (personal) se transfiere a la sociedad. Se hablará así de “Beneficencia pública”²⁹.

La Ley de 1822 contempló varias modalidades asistenciales (casas de maternidad, casas de socorro, socorros domiciliarios, hospitalidad domiciliaria y hospitalidad pública), disponiendo que la hospitalidad pública tuviera lugar exclusivamente para “enfermos que no pudiesen ser asistidos y curados en sus propias casas (art. 104)”. Los hospitales públicos existirían, según dispuso el art. 105, en todas las capitales de provincias y, además, en los pueblos en los que el Gobierno lo juzgara conveniente, oídos los Ayuntamientos y Diputaciones respectivas. Pero respecto a esto último se estableció que en ningún pueblo pudiera haber más de cuatro hospitales (descontando el de convalecencia y el de locos, art. 107).

La Ley de 1822 remitió a un reglamento especial la organización y funcionamiento interior de los es-

nicipal (bajo la designación de “Policía Municipal”) se entendió que los Ayuntamientos se harían cargo de establecimientos de pequeña entidad, afirmándose que a ellos debía corresponder: “Establecer hospitales cómodos y pequeños para que no haya mucha reunión de personas, y que en uno mismo no haya de toda clase de enfermedades”; ALCALÁ GALIANO, Antonio: *Máximas y principios de la legislación universal*, Imprenta de Vega y Compañía, Madrid, 1813, p. 283.

27 Texto en *Decretos de las Cortes*, t. 8, p. 115 y en el *Diccionario de la Legislación Española* de M. MARTÍNEZ AL-CUBILLA. También en: *Reglamento General de Beneficencia Pública*, Imprenta de Gaspar, Barcelona, 1837.

28 El Reglamento General de Beneficencia, es decretado por las Cortes extraordinarias y sancionado por Fernando VII el 6 de febrero de 1822.

29 ARTOLA, Miguel: *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza Universidad, Madrid, 1974, 2ª edic., p. 283.

tablecimientos de dementes y, en lo que aquí interesa la admisión de los mismos en establecimientos, tanto públicos como privados. Mas el reglamento nunca llegó. La Ley de 1822 fue pronto suspendida y, aunque fuera restablecida por Real Decreto de 8 de septiembre de 1836, lo cierto es que las previsiones legales que contenía distaron de ser cumplidas.

La posterior Ley de 20 de junio de 1849 y su Reglamento de ejecución aprobado por Real Orden de 14 de mayo de 1852 acometieron la reorganización de la asistencia sanitaria en nuestro país. Los establecimientos de locos se consideran establecimientos generales de beneficencia, disponiéndose la existencia de 6 en todo el territorio nacional (arts. 2 y 5 R.O. 14.5.1852). No existe, no obstante, previsión alguna sobre el procedimiento de ingreso en estos establecimientos, a salvo de la contenida en el art. 14 R.O. 14.5.1852 que prevé la existencia de un “departamento especial para aquellos cuyas familias pudiesen costear sus estancias” (los llamados “pensionistas”). En la práctica, básicamente por falta de recursos, se consagró un papel meramente subsidiario del Estado, legitimando en la práctica la privatización de la asistencia psiquiátrica³⁰.

La Instrucción General para los establecimientos benéficos nacionales, aprobada por Decreto de 22 de abril de 1873 (Gaceta, de 28 de abril), hace referencia a los aspectos organizativos y económicos de los mismos, dedicando además sus arts. 87-100 al Manicomio de Santa Isabel de Leganés. Establece que el ingreso en el mismo lo ordena el Ministro de la Gobernación o, en su nombre, el Oficial Jefe del ramo (Director General de Beneficencia y Sanidad) (art. 87), no debiendo cursarse ninguna solicitud de ingreso sin que estuviera acompañada de información hecha ante el Juez o Tribunal del domicilio del enajenado, su curador o familia, en que se acredite la necesidad o conveniencia de la reclusión (art. 88). Es decir, se establece un régimen administrativo de ingreso -con una intervención puramente complementaria de la autoridad judicial- en una norma de rango reglamentario, que se extiende al momento del alta (la del demente pobre “supone su curación” y requiere autorización expresa de la “Superioridad”, art. 96). En contraste con lo anterior, sí se prevé el ingreso por mandato judicial en el orden penal (art. 97 de la Instrucción en concordancia con lo establecido con el art. 8.1 CP).

30 BERTOLÍN, José Manuel: “Dispositivos de asistencia psiquiátrica en la España contemporánea del período de ‘entresiglos’, *Asclepio*, XLV-1, 1993, p. 192.

Posteriormente, por Real Decreto de 27 de enero de 1885 (Gaceta de 5 de febrero) se aprobó la Instrucción para la administración, régimen, gobierno y administración de los establecimientos de Beneficencia general, entre los que se incluye (art. 3.4º) el “hospital manicomio de Santa Isabel de Leganés”, si bien esta Instrucción se limitó a regular los aspectos organizativos, económicos y de personal.

2.3. Los Reales Decretos de 1885

Los Reales Decretos de 1885³¹ vienen a llenar el hueco existente en relación a la regulación y control de los internamientos. El primero, de 12 de mayo de 1885 (Gaceta, de 15 de mayo), aprobó el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés. El segundo, de 19 de mayo de 1885 (Gaceta, de 21 de mayo), estableció las reglas para el ingreso de los dementes en los manicomios del Estado, provinciales y particulares; sería éste último aclarado por la Real Orden de 20 de junio de 1885 (Gaceta, de 23 de junio). Puede decirse que estos textos fueron los primeros en ocuparse en nuestro país del internamiento de los locos o dementes (ya que el resto de la legislación hasta ahora analizada tuvo por objeto la organización asistencial y cuestiones competenciales³²).

Por lo que se refiere al Real Decreto de 12 de mayo de 1885, consta de 106 artículos que reglamentan el régimen interior del que hasta entonces en la práctica era único manicomio estatal. La admisión del “alienado” tenía lugar previa “información hecha ante el juez de primera instancia del domicilio del alienado, su curador o familia, en que se acredite el estado de demencia y la conveniencia o necesidad de su reclusión” (art. 53.1º), debiendo ser oídos el cónyuges y los parientes más cercanos y, en su defecto, se recabaría una información a través del gobernador o del alcalde. La solicitud debía ir suscrita por el pariente más cercano y la admisión correspondía al Director General de Beneficencia y Sanidad (art. 52). Antes del ingreso, era preceptivo el examen facultativo³³. Al propio tiempo el jefe facultativo iniciaba la

historia clínica decidiendo lo procedente en orden a la clasificación interior del enfermo (arts. 72-73).

La razón de ser del Real Decreto de 19 de mayo de 1885 aparece explicitada en su Exposición de Motivos. Se reconoce en la misma que desde la publicación de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y del reglamento para su ejecución de 14 de mayo de 1852 “dada la situación angustiosa del Tesoro”, no fue posible crear más hospitales que el de Santa Isabel de Leganés (recuérdese que el art. 5, párrafo 2º del Reglamento de 1852 preveía la existencia de seis casas de dementes en todo el territorio nacional). Como consecuencia de ello -se decía- Diputaciones y Ayuntamientos en el sector público y particulares en el privado es normal que “tengan a su cargo un gran número de locos que entran en reclusión sin ninguna garantía eficaz de seguridad individual”. Reconoce en suma la práctica de internamientos no conformes a Derecho, hecho éste que provocó “con frecuencia litigios, y aun procedimientos criminales, por haber recluso sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia”. Por esta razón, y dado que el Estado no podía hacerse cargo de todos los hospitales de dementes se promulga, este Real Decreto se aprueba para garantizar la seguridad individual y la intervención judicial -llegado el caso- en todo establecimiento manicomial. Por tanto, ya que el Estado no puede sostener todos los manicomios del país, al menos se reserva la facultad de inspeccionar y garantizar las condiciones del internamiento. La finalidad del Decreto no es otra que homogeneizar las condiciones de reclusión en todos los establecimientos psiquiátricos de España³⁴ extendiendo las garantías (judiciales) para el ingreso de pacientes en dichos establecimientos. Aunque a la vez queda patente que el internamiento del enfermo mental está profundamente condicionado por la cuestión económica (la pobreza de la inmensa mayoría de los enfermos)³⁵.

Contempla dos tipos de hospitalización de dementes: en observación y en reclusión definitiva (art. 1). Como norma general el ingreso “de observación”

31 Un detallado análisis de ambos Reales Decretos y de la Real Orden 20.6.1885 puede verse en BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., pp. 126-146.

32 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 126.

33 RODRÍGUEZ MÉNDEZ, Rafael: “El ingreso en los manicomios desde el punto de vista médico-legal”, *Revista fre-nopática española* (Barcelona), núm. 2, 1904, pp. 4-9, 33-41, 65-72, 105-112, 142-149, 206-215, 246-250, 269-276, 303-311,

348-355 y 371-383. Y con el mismo título en la *Gaceta Médica Catalana* (Barcelona), núm. 28, 1905, pp. 12-18, 41-48, 71-79, 103-110, 137-142 y 166-172.

34 Por Real Decreto de 24 de marzo de 1887 (Gaceta del 28) se dispuso la aplicación también a la isla de Cuba del R.D. de 19 de mayo de 1885, confiriendo al Gobernador General de la isla las facultades que este último otorgaba al Ministro de la Gobernación y al Director General de Beneficencia y Sanidad.

35 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 128.

debía ser por razones de urgencia y a petición de familiares o de oficio, si no hubiera parientes. Cuando el ingreso tuviera lugar en manicomios provinciales o municipales, debía instar el mismo “el pariente más inmediato del enfermo [o de oficio si el demente careciera de familia, art. 8], justificando la necesidad o conveniencia de la reclusión por medio de un certificado expedido por dos doctores o licenciados en Medicina³⁶, visado por el subdelegado de esta Facultad en el distrito e informado por el alcalde”. Dichas solicitudes se dirigirán al Ayuntamiento o Diputación respectiva. Cada una de estas instituciones debía disponer de un local “con las convenientes condiciones para recluir a los dementes en observación, donde puedan permanecer hasta que se les conduzca a un manicomio en clase de reclusos permanentes”. Cuando el ingreso tuviera lugar en los establecimientos particulares, éstos debían proceder según la forma determinada en sus reglamentos especiales (previamente aprobados por el Gobierno), debiendo en todo caso presentarse la documentación citada para los establecimientos públicos. Si la observación se practicara en casa particular, se exigían los mismos certificados, extendiéndose la incompatibilidad de los facultativos certificadores respecto al propietario de la casa. Verificado el ingreso, los directores de los establecimientos debían participar el mismo al gobernador o alcalde, según que el establecimiento radique en la capital o en un pueblo, y ello en el plazo de 3 horas debiendo expresarse en la comunicación: nombre y naturaleza del ingresado, del solicitante y de los facultativos que hayan certificado. Similar obligación, pero con un plazo de 24 horas, tenían los particulares que se hicieran cargo de dementes para su cuidado y curación, so pena de responsabilidad criminal “por secuestro inmotivado o cualquier otra causa” (art. 11).

Como primera excepción cabía el ingreso sin razones de urgencia, aunque sólo por decisión judicial. Afirma al respecto el art. 5: “El ingreso en observación de dementes, en la forma establecida, no podrá tener efecto sino en casos de verdadera y notoria urgencia, declarados así en los informes del alcalde y subdelegado de Medicina³⁷. Mientras el presunto

demente pueda permanecer en su casa sin peligro para los individuos de la familia, sin causar molestias excesivas a personas que vivan en habitaciones contiguas, o sin perjuicio evidente para la salud del mismo paciente, no podrá ser recluido, a menos que lo acuerde el Juzgado de primera instancia respectivo, previa la instrucción del oportuno expediente”³⁸.

Como puede observarse ya no sólo razones puramente médicas (“la salud del mismo paciente”), sino también extramédicas (“peligro para los individuos de la familia o las molestias excesivas a personas que vivan en habitaciones contiguas”), justificaban bajo esta normativa el ingreso. En el caso de una segunda o ulterior admisión en observación era preciso acudir a este expediente judicial (art. 4).

Como segunda excepción, cabía el ingreso por razones de urgencia perentoria, pues existían situaciones que requerían una inmediata intervención, por lo que a fin de aclarar los términos del R.D. de 19 de mayo de 1885, la Real Orden de 20 de junio del mismo año contiene la siguiente disposición: “Que cuando un presunto demente que carezca de familia o de representación legal fuese hallado en la vía pública o en su domicilio, dando motivo con su libertad a algún peligro inminente en evitación del cual la autoridad estime que su reclusión es absolutamente necesaria y urgente, podrá ésta acordarse en el acto por el gobernador o el alcalde, según los casos, sin perjuicio de disponer que en el término de veinticuatro horas se cumplan las formalidades estatuidas en los arts. 3º, 5º y 8º del R.D. de 19 de Mayo último”.

El ingreso “de observación” tenía vocación temporal. Por ello, el art. 6 disponía que “tan luego como un enfermo ingrese en un establecimiento”, a instancia de la familia o incluso de oficio debía incoarse el expediente judicial de reclusión definitiva en el caso de que la reclusión debiera prolongarse más de 3 meses (6 en los casos dudosos)³⁹, plazo que

36 “Los profesores de Medicina que expidan la certificación expresiva del estado del enfermo no podrán ser parientes dentro del cuarto grado civil de la persona que formule la petición, del director administrativo ni de ninguno de los facultativos del establecimiento en que deba efectuarse la observación” (art. 3, pfo. 5º).

37 RODRÍGUEZ LAFORA, Gonzalo: “El internamiento de los enfermos mentales y los subdelegados de Medicina”, *El siglo médico* (Madrid), núm. 81, 1928, pp. 298-300.

38 No parece que se cumpliera debidamente con este precepto, lo cual daría lugar a que la Real Orden de 26 de noviembre de 1903 (Gaceta de 27 de noviembre) dispusiera: “Que se confirme nuevamente lo dispuesto en el art. 5º del R.D. de 19 de mayo de 1885, que obliga a los subdelegados de Medicina y a los alcaldes a emitir informes razonados acerca de la verdadera urgencia y necesidad de la reclusión (en toda clase de manicomios), debiendo advertirse que no se dará en lo sucesivo ingreso en los manicomios a ningún enfermo cuando no conste dicho requisito en los expedientes que promuevan”.

39 En aclaración del R.D. de 19 de mayo de 1885, la Real Orden de 20 de junio de 1885 dispuso: “Que si terminado el plazo legal de la observación de un presunto demente, la familia de éste no acudiese al Juzgado en la forma que expresa el art. 6º, o se opusiese a la reclusión, deberá promover el expediente

se ampliará hasta el año por Real Orden de 28 de enero de 1887. En dicho expediente eran oídos los parientes, emplazados por término de un mes (art. 8). En tal supuesto el/los facultativo(s) del manicomio debían emitir un certificado informativo que tras ser entregado a la persona que solicitó el ingreso debería presentarse por éste/os al Juzgado a fin de que emitiera, la resolución procedente en las siguientes 24 horas. Para la reclusión definitiva debía justificarse, en el precitado expediente “la enfermedad y la necesidad o conveniencia de la reclusión del alienado” (art. 7). Este será precisamente el talón de Aquiles del Real Decreto que se comenta. Los familiares eran reacios a formalizar el expediente de reclusión definitiva: “Ya porque, libres del riesgo o la molestia de convivir con el presunto loco, se olviden fácilmente del deber que contrajeron al obtener la reclusión provisional; ya para eludir los gastos que de un procedimiento judicial se les origine,...”. (Real Orden de 1 de junio de 1908).

Indicar que los Reales Decretos de 1885 recibieron valoraciones encontradas (crítica de los médicos y positiva de los juristas)⁴⁰.

Los profesionales de la psiquiatría, poco satisfechos con la regulación de 1885, a la que reprochaban sobre todo la existencia de un rígido control judicial⁴¹, reclamaron “una revisión total de la legislación relativa a los alienados”⁴². En particular, la Liga de Higiene Mental, creada en 1927, dedicó particular atención a la reforma de la normativa psiquiátrica de 1885. Sus propuestas fueron presentadas a través de la Asociación Española de Neuropsiquiatría en un primer momento⁴³. Tras ser legalizada la Liga en 1930 redactó un Anteproyecto⁴⁴, en gran medida

influenciado –entre otros- por Lafora⁴⁵- y que sería directo precedente del Decreto de 1931.

2.4. El Decreto de 3 de julio de 1931

Al poco tiempo de proclamarse la II República fue aprobado el Decreto de 3 de julio de 1931 “sobre asistencia a los enfermos mentales” (Gaceta de 7 de julio)⁴⁶, que establece las normas reguladoras que tendrían vigencia hasta época reciente (hasta la aprobación de la Ley 13/1983, 24 octubre). Este Decreto sería modificado por Decreto de 27 de mayo de 1932 (Gaceta de 1 de junio), el cual afecta a los arts. 9, 10, 12, 13, 22 y 23. Poco después la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932 procedió a la aclaración de los dos Decretos anteriores.

El Decreto de 1931 establece los siguientes mecanismos de ingreso: por propia voluntad, involuntario por indicación médica, por orden gubernativa y por orden judicial. Además contemplaba la posibilidad de aislamiento involuntario de forma privada o familiar.

Para proceder al ingreso por propia voluntad era necesario que el solicitante presentara un certificado médico que indicara la conveniencia del ingreso y una declaración de voluntad por él firmada y que el Establecimiento (Director-Médico), accediendo a dicha declaración de voluntad, procediera a la admisión del enfermo⁴⁷. La salida se producía bien por decisión del Director-Médico del Establecimiento, bien por propia voluntad del paciente, pudiendo en

el alcalde o el gobernador, de oficio, y los Tribunales resolverán si procede la clausura definitiva del enfermo, a menos que la familia, tutor o curador del paciente se hagan cargo de su custodia y cuidado bajo las responsabilidades que establece el Código Penal”.

40 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., pp. 132-146.

41 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 164.

42 *Primer Congreso de Higiene Mental* (Barcelona, 29-30- diciembre de 1924, Conclusión 1ª).

43 SAFORCADA, Manuel y BUSQUET TEIXIDOR, Tomás: “Asociación española de neuropsiquiatras.- Necesidad urgente de una revisión total de la legislación relativa a alienados”, *Archivos de Neurobiología* (Madrid), núm. 6, 1926, pp. 179-188.

44 Cfr. RODRÍGUEZ LAFORA, Gonzalo, ESCALAS REAL, Jaime y SACRISTÁN, José M.: “Anteproyecto de legislación para la asistencia del enfermo psíquico”, *El Siglo Mé-*

dico, 12 julio 1930.

45 Cfr. VALENCIANO GAYÁ, Luis: *El doctor Lafora y su época*, Morata, Madrid, 1977 y SACRISTÁN [Y GUTIÉRREZ], José M[iguel], R[ODRÍGUEZ] LAFORA, G., ESCALAS REAL, J.: “Anteproyecto de legislación para la asistencia al enfermo psíquico”, *Archivos de medicina, cirugía y especialidades* (Madrid), núm. 32, 1930, pp. 681-685.

46 Cfr. BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., pp. 147-174; CASCO, Juan y CORCES, Valentín: “Psiquiatría y Ley”, *Argumentos*, feb. 1978; BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “El enfermo mental no delincuente”, *Clínica y Análisis Grupal*, 1978, 10 (8), pp. 10-28; ESPINO, J.A.: “La reforma de la legislación psiquiátrica en la II República”, *Estudios de Historia Social*, núm. 14, 1980, pp. 59-106; CASCO SOLÍS, J.: “La transformación de la asistencia psiquiátrica y el Derecho”, en GONZÁLEZ DE CHAVES, Manuel (Comp.): *La transformación de la asistencia psiquiátrica*, Mayoría, Madrid, 1980, pp. 371-372; JIMÉNEZ VILLAREJO, José: “Legislación vigente en torno al internamiento psiquiátrico (aportación de un jurista)”, en GONZÁLEZ DE CHAVES, Manuel (Comp.): *La transformación de la asistencia psiquiátrica*, Mayoría, Madrid, 1980.

47 BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., p. 147.

este último caso oponerse el Director a la salida si el enfermo presentaba “signos de pérdida de la libre determinación de su voluntad y de la autocritica de su estado morbo, o manifestaciones de peligrosidad”, convirtiéndose en este caso el ingreso en involuntario.

La indicación médica para un ingreso involuntario procedía en los casos de: 1º) enfermedad psíquica que aconseje el aislamiento, 2º) peligrosidad de origen psíquico o 3º) toxicomanía incorregible, cualquiera de las cuales pongan en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás (art. 10). Como señala Cobreros, si bien la primera razón es para una “supuesta conveniencia terapéutica”, las otras dos razones evidentemente son de “defensa del cuerpo social ante un elemento perturbador”⁴⁸. Esta forma de ingreso admitía dos modalidades, normal y de urgencia. En la normal se requería certificado médico, solicitud de ingreso del pariente más cercano o representante legal, se participaba el ingreso al Gobernador en el plazo de 24 horas y al Juez de primera instancia, que debía devolver sellado el duplicado de la comunicación; además de lo anterior, en el plazo de ocho días, debía remitirse informe del reconocimiento facultativo efectuado. En el ingreso de urgencia, aunque se podía prescindir inicialmente del certificado y de la solicitud de ingreso, tales documentos debían remitirse posteriormente; el ingreso igualmente se notificaba al Gobernador en 24 horas. La salida tenía lugar por decisión del Director o por solicitud de los familiares o representante legal del paciente, pudiendo oponerse el Director si mediara peligrosidad (art. 27.d).

El ingreso por orden gubernativa, orden que emanaba en general del Gobernador Civil, del Jefe de Policía -en las capitales de provincia- o del Alcalde -en el resto de ciudades- (art. 17)- tenía por objeto la “observación del internado” (art. 16.a) cuando concurría un “estado de peligrosidad para sí o para los demás”, apreciado por un médico o “cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluso la del propio enfermo”. En principio, era de un día de duración, pudiendo prolongarse la estancia, siendo necesario en tal caso un certificado médico del Director del centro y, en caso de duda, del médico forense, siguiéndose las formalidades propias del ingreso por decisión médica (art. 17 Decreto 1931). Requería la petición de cualquier

persona, previo informe médico –no necesario en caso de “notoria urgencia por inmediata peligrosidad”- y era utilizado básicamente por personas con escasos recursos que de este modo se ahorraban los gastos del reconocimiento médico y de la expedición del certificado. La salida era decidida por el Director o por orden gubernativa, aunque en la práctica se limitaba el Director del Hospital a participar tal hecho a la autoridad gubernativa.

El ingreso por orden judicial (art. 16.b) lo era por aplicación de lo dispuesto en el Código Penal, por lo que no tiene interés en el seno de esta publicación.

En fin, en el caso de que el aislamiento involuntario del enfermo mental tuviera lugar de forma privada o familiar, debía procederse a una comunicación del médico que atendiera al enfermo al Gobernador Civil, en el plazo de 48 horas (art. 26).

Este Decreto en general fue bien recibido por las asociaciones psiquiátricas, no en vano consagró la superioridad de los alienistas sobre las administraciones, y de hecho arrebató de las manos de jueces y autoridades administrativas el control que hasta entonces disponían en materia de internamientos⁴⁹. Pero frente a esta aquiescencia prácticamente general de la clase médica, la opinión desde el campo jurídico fue agriamente crítica por varias razones, entre las que aquí interesa destacar las dos siguientes.

Por una parte, existían dudas sobre la “legalidad” del Decreto, habida cuenta de la discordancia entre el régimen del Decreto de 1931 y el régimen legal (Código Civil). Así, De Castro afirmó: “Las detalladas disposiciones del Decreto de 1931, a causa quizá de haberse tenido presente sólo consideraciones médicas y, a lo más, administrativas, olvidándose de los preceptos jurídicos sustantivos, hacen nacer graves dudas sobre su legalidad”⁵⁰.

Por otra parte, entre los juristas, fue lugar común en la doctrina la crítica por la falta de un control jurídico operativo, de unas garantías aceptables de respeto a la libertad de la persona y a sus derechos fundamentales⁵¹. Realmente “este era el verdadero

49 COMELLES, J.M.: *La razón y la sinrazón. Asistencia psiquiátrica y desarrollo del Estado en la España contemporánea*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 140-142.

50 DE CASTRO, Federico: *Derecho civil de España, Tomo II. Derecho de la persona. Parte Primera. La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 286.

51 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La

48 COBREROS MENDEZ, Edorta: “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, p. 155.

punctum dolens del Decreto”, según comentó décadas después Cobreros⁵². La falta de control judicial real, de que adolece la normativa de 1931, merecería los más duros reproches de la doctrina civilista. Así, afirma De Castro, en términos muy elocuentes: “Parece también disconforme con los preceptos civiles la postura pasiva a que el Decreto de 1931 reduce al juez: la de sellar y devolver el parte en el que se le comunica el internamiento. Ello no se armoniza con la situación en que se coloca a la persona recluida ni con la función judicial... En nada contraría el cumplimiento de las disposiciones legales, dictadas para proteger a la persona y los bienes de los incapaces, la posible celeridad del tratamiento médico y su eficacia. La intervención judicial, primero para aprobar, con conocimiento de causa, y legalizar la detención, y luego para abrir inmediatamente y de oficio el expediente de incapacitación, no pondrá en peligro el tratamiento médico si se hace con la prudencia y delicadeza propias del caso”⁵³. Posición, la expuesta, compartida por Castán⁵⁴. Desde la doctrina penalista también se escribió en un análisis retrospectivo: “El Decreto de 1931 tuvo el mérito de responder a exigencias de la nueva asistencia psiquiátrica y de tratar con amplitud las garantías de los enfermos mentales, pero también tuvo el defecto capital de establecer un control gubernativo de los internamientos y no el control judicial que, con mejor criterio, establece ahora el Código civil”⁵⁵.

protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”, Anuario de Derecho Civil, T. XXXVII, 1984, p. 955; del mismo autor: *La marginación de los locos...*, op. cit., y “Psiquiatría y Derecho”, en *Manual de Psiquiatría*, Karpos, Madrid, 1980, pp. 1239-1255; COBREROS MENDAZONA, E.: “Aspectos jurídicos...”, op. cit., pp. 135 y ss, y en especial p. 167 y del mismo autor: *Los tratamientos sanitarios obligatorios*, op. cit., p. 377; HIERRO, Liborio: “Psiquiatría y Derechos Humanos”, *Psicopatología*, Vol. 2, Oct.-Dic. 1982, núm. 4, pp. 323-330; JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “Legislación vigente...”, op. cit., p. 387; MENA ÁLVAREZ, J.M.: “Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico”, en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, Bosch, Barcelona, 1985, Vol. I, pp. 478 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Médico ante el Derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 50.

52 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAEI/IVAP, Oñati, 1988, p. 377.

53 DE CASTRO, Federico: op. cit., loc. cit.

54 CASTÁN TOBENAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. 2º*, Reus, Madrid, 11ª edic. (Con adiciones de José Luis DE LOS MOZOS), 1971, p. 228, nota 1.

55 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. III*, Centro Estudios Ramón Areces, 3ª edic., Madrid, 1995, pp. 14-15.

En el mismo sentido, el estudio doctrinal de la Fiscalía General del Estado de 1985⁵⁶, en referencia a esta ausencia de control judicial afirmó, para justificar la necesidad de una radical modificación normativa: “El Juez está ausente en dicho proceso y la vigencia de tal norma legal venía en la práctica a legalizar la detención ilegal del artículo 480 del Código Penal”.

Como señaló la STC 104/1990, de 4 de junio: “El derogado Decreto de 1931 establecía sólo un control gubernativo de los internamientos involuntarios de los enfermos mentales, no existiendo en aquel momento una protección jurídica adecuada de las personas frente a internamientos indebidos ni frente al desconocimiento de sus derechos una vez internadas, ni un control jurídico operativo del respeto debido a la libertad y a los derechos fundamentales de estas personas”.

Lo cierto es que el Decreto de 1931, en el mejor de los casos, fue para algunos “un control por parte del médico funcionario de la Jefatura Provincial de Sanidad”⁵⁷. Obsérvese que el control gubernativo (*a posteriori*) era en realidad un control estrictamente médico. El control judicial era mínimo quedando reducido el juez a un papel puramente burocrático de devolver sellado el ejemplar duplicado del parte de ingreso en el caso del ingreso por indicación médica y siendo inexistente en el caso de ingreso por orden gubernativa⁵⁸.

El Anteproyecto de Reglamento de Hospitales de 1972 -que no llegó a cuajar- dedicaba sus arts. 280 a 321 a esta materia. Este proyecto abortado, como datos más significativos, preveía la supresión

56 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “El internamiento de incapaces presuntos en la reforma del Código Civil por Ley 13/83, de 24 de octubre”, *Memoria del Fiscal General del Estado*, Madrid, 1985, p. 209.

57 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La protección jurídica...”, op. cit., p. 954.

58 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La marginación...*, op. cit., pp. 156 y 164: “De ahí que se opte por un control gubernativo y “a posteriori”, que, según hemos visto, va a quedar normalmente encomendado también a médicos (Jefaturas de Sanidad), mientras que los jueces quedan reducidos al triste papel de “devolver sellado al establecimiento el ejemplar duplicado” del parte en que se recogen los datos y circunstancias de cada internamiento “al día siguiente de su recepción””. En el mismo sentido, FERRER GARCÍA, Ana: “Internamientos de urgencia”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, p. 61. Esta crítica fue en su día formulada por DE CASTRO que aludía a la *postura pasiva* del Juez, que se reducía a sellar y devolver el parte en el que se le comunicaba el internamiento; DE CASTRO, Federico: op. cit., loc. cit.

de toda referencia a la incapacitación (que de hecho ya era un procedimiento independiente, regulado en el CC); el mantenimiento de la potestad gubernativa sobre los internamientos, reduciendo incluso el control administrativo de los mismos; la corrección de las imperfecciones técnicas sobre competencias en torno al tratamiento del enfermo mental peligroso y la creación de “Tribunales médicos” para decidir sobre la continuación de los internamientos y sobre las altas dudosas o temporales y la protección de los enfermos internados (arts. 305 y 306 del Anteproyecto) la articulación de un sistema de reclamaciones y denuncias que poco añadían a las ya existentes y el nombramiento de una comisión ad hoc por la Jefatura Provincial de Sanidad, con eventual recurso judicial, para decidir sobre supuestos de internamiento dudosos. A destacar que la idea de instaurar Tribunales médicos fue calificada como idea interesante por Bercovitz, aunque este autor consideró que tal vez fuera una insuficiente garantía del enfermo, a la vista además de la falta de imparcialidad de los mismos, al pertenecer todos sus integrantes al mismo establecimiento⁵⁹.

3. EL PERÍODO CONSTITUCIONAL

3.1. El art. 211 CC y la STC 129/1999

Desde el momento en que se promulga el nuevo texto constitucional, la necesidad de proceder a una reforma de la normativa sobre internamientos psiquiátricos era absolutamente incuestionable, a fin de adaptar la regulación hasta entonces vigente a la nueva realidad jurídica. La normativa preconstitucional evidentemente no era compatible con la prohibición de sanciones limitadoras de la libertad de procedencia administrativa (art. 25.4 CE) y la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 53.2 CE)⁶⁰. Aparte de lo anterior, el anclaje constitucional de la regulación sobre internamientos involuntarios se encuentra en el art. 17 CE (relativo al derecho a la libertad y seguridad)⁶¹. Desde el campo administrativo, por ejemplo, se puso de relieve la grave desconexión entre el Decreto de 3 de julio de 1931 y la Constitución de 1978, especialmente en materia de

garantía de derechos de los internados y por el ínfimo rango normativo hasta entonces empleado (una mera disposición reglamentaria) para regular una materia que afectaba a cuestión tan sensible como la libertad de los ciudadanos⁶².

La reforma en materia de internamientos psiquiátricos vino precedida de un proceso de sensibilización en el que operaron de forma intensa factores ajenos a las ciencias médicas y jurídicas, no siendo desdeñable en tal contexto crítico la influencia de los medios cinematográficos y literarios⁶³.

El planteamiento técnico-jurídico, aunque con un trasfondo ideológico latente, se inclinó por la mera reforma del Código Civil, dejando de lado una eventual ley específica sobre la materia. Hasta 5 borradores de una Ley ad hoc llegaron a elaborarse. Al final, la Comisión Ministerial que se creó a tal efecto se inclinó por la “no especificidad de la Ley”⁶⁴. En consecuencia, tras su tramitación parlamentaria⁶⁵, por Ley 13/1983, de 24 de octubre se introdujo el art. 211 CC⁶⁶.

Caben destacar dos características del nuevo modelo. En primer lugar, la judicialización del sistema de garantías. Efectivamente, la reforma fue ciertamente radical⁶⁷, sobre todo en un plano, el de la in-

62 COBREROS MENDAZONA, Edorta: “Aspectos jurídicos...”, *op. cit.*, p. 167.

63 MATEO DÍAZ, José: “El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos”, *Actualidad Civil*, núm. 25, 16 a 22 May. 1986, p. 1761.

64 ROIG SALAS, Alicia: “La Comisión de Legislación de la A.E.N. y su trabajo en el ámbito penal. Breve reseña histórica (años 1980-1990)”, en HERNÁNDEZ MONSALVE, Mariano y HERRERA VALENCIA, Rafael (Coords): *La atención a la salud mental de la población reclusa*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Colección de Estudios, núm. 30, Madrid, 2003, p. 40.

65 Cfr. CÓDIGO CIVIL (Reformas 1978-1983),..., *op. cit.*, pp. 2579 y ss. y USERO MILLÁN, J.C.: “Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 1985, pp. 63 y ss.

66 “Artículo 211. El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el art. 203.

67 En realidad no tanto, dirá SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: “Algunas consideraciones sobre la regulación de los internamientos psiquiátricos”, Justicia: *Revista de Derecho Procesal*,

59 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La marginación...*, *op. cit.*, pp. 171-174.

60 ROLDÁN BARBERO, Horacio: “Prevención del suicidio y sanción interna”, *Anuario de Derecho Penal*, tomo 40, 1987, p. 642.

61 SERRANO ALONSO, Eduardo: *Derecho de la persona*, La Ley, Madrid, 1992, p. 115.

tervención judicial. El papel meramente testimonial del juez al que antes se hizo referencia al describir la normativa de 1931, se muda en un notable protagonismo del poder judicial, “quedando supeditados los facultativos y los familiares del paciente a las decisiones de aquél”, se dirá desde el campo médico⁶⁸; configurándose la normativa en un auténtico “habeas corpus” -incluso reforzado-, según diría un fiscal de Valladolid⁶⁹, que “comporta una serie de mandatos protectores de la personalidad”, se añadirá desde el campo jurídico-civil⁷⁰.

Inversión de protagonismos (antes médico, ahora judicial) que provocará ahora, como no podía ser menos, la crítica y desconfianza de la “clase médica”, claramente capitidismínuida en su rol. Aún así, en el amplio estudio que llevó a cabo la Fiscalía General del Estado sobre la reforma, se justificó la ineludibilidad de la misma en base a la imprescindible instrumentación de las garantías de los derechos del paciente⁷¹. Instrumentación de garantías que, al propio tiempo, supuso el establecimiento de “barreras objetivas” que sirvieron para amortiguar el “frenesí” del saber médico. Se adoptaron para ello medidas tales como la autorización judicial, la nueva regulación del habeas corpus, los informes temporales...⁷². En esta línea, Rodríguez Ramos considera que la normativa introducida con la reforma de 1983 merece un juicio positivo, ya que en el caso de los enfermos psíquicos, vino a regular su “detención” cumpliendo ciertas formalidades legales (art. 211 CC) a la altura de las exigencias constitucionales⁷³.

En segundo lugar, también se resaltó desde el

núms. 1-2, 1998, p. 106, ya que en la mayor parte de los casos, “el juez, como lego en el tenebroso mundo de la vesanía, se dejará llevar por el experto, por el médico, y su función se limitará más bien a un acto de ‘bendición’”.

68 DELGADO BUENO, Santiago, RODRÍGUEZ PULIDO, Francisco y GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luis: “Aspectos médico-legales de los internamientos psiquiátricos”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir): *Psiquiatría Legal y Forense*, Colex, Madrid, 1994, T. II, p. 642.

69 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “El internamiento de incapaces...”, *op. cit.*, p. 208.

70 DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Edit. Tecnos, 5ª edic, Madrid, 1986, p. 264.

71 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: “El internamiento de incapaces...”, *op. cit.*, p. 222, que en este punto expone la posición de la Fiscalía de Salamanca.

72 ROLDÁN BARBERO, Horacio: “Prevención del suicidio...”, *op. cit.*, p. 642. Se ha pretendido, en definitiva, atemperar el acto del internamiento.

73 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *La detención*, Akal, Madrid, 1987, p. 63.

ámbito doctrinal, la cuestión de la escasez normativa. En España la legislación sobre el internamiento civil, ya de por sí escasa en términos de Derecho Comparado, tras la Ley 13/1983, 24 octubre quedó reducida al art. 211 del Código Civil y complementariamente al art. 20.2 de la Ley General de Sanidad. Tan escueta regulación, sustitutiva del hasta entonces vigente Decreto de 3 de julio de 1931⁷⁴, mereció críticas por un sector de la doctrina, afirmándose que “la parquedad normativa”⁷⁵ “ha generado muchas cuestiones médico-legales, jurídicas y sociales que aun no están aclaradas”⁷⁶, generalmente por falta de unificación de criterios y conceptos⁷⁷, pudiendo hablarse de una “regulación defectuosa”⁷⁸ que “deja múltiples aspectos sin resolver”⁷⁹, entre ellos el no insignificante de “no haber tipificado dichas razones o motivaciones de la privación de libertad”⁸⁰.

La necesidad de una legislación que ampliara y desarrollara el art. 211 CC fue puesta de manifiesto por varios autores⁸¹. Bercovitz⁸² y Cobrerros⁸³ se hicieron eco de insuficiencias tales como la falta de determinación de las causas de internamiento, la inseguridad en cuanto a los sujetos internables, la indeterminación de plazos para las actuaciones judiciales, la falta de concreción de las personas legitimadas para promover el internamiento, la no explicitación de los requisitos que ha de reunir la petición de internamiento, la ausencia de indicación de la persona

74 Nótese que el art. 211 CC viene a sustituir la regulación contenida en 35 artículos que componían el Decreto 3.7.1931.

75 RIBERA I GARIJO, Elena-Amalia: “Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1991, p. 172.

76 CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La Enfermedad mental ante la ley*. Edit. UPCO-ELA, Madrid, 1994, p. 299.

77 CARRASCO GÓMEZ, J.J.: *Responsabilidad médica y Psiquiatría*. Edit. Colex, Madrid, 1990, p. 172.

78 SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: *op. cit.*, p. 104.

79 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 20.

80 RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm.3, Sep. 1988, p. 497.

81 ROMEO CASABONA, Carlos María: “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir.): *Psiquiatría Legal y Forense*, Colex, Madrid, 1994, T. II, p. 819.

82 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, pp. 971-972.

83 COBRERROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, *op. cit.*, pp. 383 y 403.

que ha de comunicar al Juez el internamiento de urgencia, la insuficiencia del control judicial, la carencia de regulación de los supuestos (causas y personas legitimadas) para la terminación del internamiento, la inexistencia de un plazo inicial de internamiento, la falta de definición de lo que son internamientos voluntarios e involuntarios, la ausencia de previsión sobre el internamiento forzoso (dentro de los involuntarios), la no determinación de los derechos del internado, la inexistencia de una regulación sobre tratamientos y reconocimientos involuntarios que no impliquen internamiento o la no explicitación de los obligados a colaborar y llevar a cabo el internamiento⁸⁴.

Ligado al tema anterior se debatió acerca de si era posible o no un desarrollo reglamentario. Según Mateo Díaz el “vacío reglamentario” que supuso la derogación del Decreto de 3 de julio de 1931, no fue colmado lo que, “está produciendo -afirmaba- un confusionismo notable, que se incrementa cada día”⁸⁵. Hubo autores que propugnaron tal tipo de desarrollo⁸⁶, e incluso parece sugerir tal posibilidad la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984⁸⁷.

84 Las no pequeñas lagunas del art. 211 CC generaron una importante labor de la Fiscalía General del Estado. Así: Circular FGE 2/1984, 8 junio, en torno al internamiento de presuntos incapaces, según el art. 211 CC; Instrucción 6/1987, 23 noviembre, sobre control del Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1486, 25.3.1988); Instrucción 3/1990, 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento a los núms. 1586 y 1587, 15.1.1991); Consulta 2/1993, 15 octubre, sobre autorización judicial para los internamientos de los incapaces en aplicación del art. 211 CC (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1697, 5.2.1994). Destaca además el Informe del Gabinete Técnico del CGPJ (Consejo General del Poder Judicial, año IV, núm. 245, abril 1988), Informe que fue elaborado “seguramente excediéndose en sus funciones” dicho Consejo, diría Marín (MARÍN LÓPEZ, Juan José: “El internamiento de incapaces”, *Planes provinciales y territoriales de formación. Recopilación de ponencias y comunicaciones. Año 1993. Civil*. Vol. 1, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 185). Ahora bien, es obvio, que tales textos no son fuentes formales del Derecho, como advirtió RAMOS CHAPARRO, Enrique: *op. cit.*, p. 480.

85 MATEO DÍAZ, José: *op. cit.*, p. 1764.

86 CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La enfermedad...*, *op. cit.*, p. 312. Aunque no falten autores que consideren que la regulación legal actual (circunscrita al art. 211 CC) es más que suficiente: CAPILLA, T., GONZÁLEZ DURO, E. y ROIG-SALAS, A.: “Reflexiones sobre la práctica del Internamiento psiquiátrico”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 1986, Vol. 6, núm 18, pp. 485-489.

87 Esta Memoria llegó a afirmar que “la actual redacción del artículo 211 del C.c., es una Ley ordinaria, lo que da lugar a una razonable duda sobre su constitucionalidad formal en este punto”; MEMORIA de la Fiscalía General del Estado presenta-

Pero finalmente tal hipótesis sería rechazada por el Informe del Gabinete Técnico del CGPJ de 23 de febrero de 1984, alegando que esta materia está vedada al ejercicio de la potestad reglamentaria, además de no existir norma legal de remisión. A la misma conclusión llegó en la doctrina Cobreros⁸⁸, en su caso por dos tipos de razones: a) la mencionada falta de remisión legal a la colaboración reglamentaria y b) porque de aceptarse, se estaría pidiendo al Reglamento “que diga todo lo que no dice el artículo 211 CC”, lo cual es inaceptable en el marco de las relaciones Ley-Reglamento. Por su parte Bercovitz echó en falta un texto normativo unitario “que cubriera todo el campo de la asistencia sanitaria y social involuntaria”⁸⁹.

Lo que aquí especialmente interesa, es mostrar la actitud de la doctrina acerca del rango normativo del art. 211 CC. La época coetánea y subsiguiente a la aprobación de la Ley 13/1983 fue propicia a elucubrar acerca del carácter que debería o no otorgarse a la misma. Tal cuestión merece una cierta atención.

Antes de nada indicar que algún civilista, como García Ripoll, reflexionó sobre hasta qué punto un internamiento psiquiátrico constituye realmente una privación de libertad. Afirmó en este sentido: “Cuando se interna en un manicomio a una persona en estas condiciones quizá no se afecte realmente a su libertad, pero el legislador temeroso de que bajo ese pretexto se coarte a una persona verdaderamente libre sin causa que lo justifique, establece la necesidad de autorización judicial. En definitiva, lo que queremos poner de manifiesto es que no es lo mismo recluir a un delincuente o a un enfermo contagioso que internar a un demente sin voluntad”⁹⁰. Estimo que tal afirmación requiere una matización. El internamiento involuntario afecta sin duda a la libertad (deambulatoria) de la persona. Otra cosa es que el sujeto internado no sea, él mismo, “libre”, es decir carezca de la capacidad de autogobierno que precisamente legitima la privación física de su libertad. Mas, en lo que aquí concierne, la privación (física) de la libertad de una persona (por legítima y legal que sea) sin duda afecta prima facie a uno de sus derechos fundamentales (art. 17 CE), por muy justificada que esté tal

da al inicio del año judicial, Madrid, 1984, pp. 218-219.

88 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, *op. cit.*, p.384, nota 687.

89 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 972.

90 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 101.

afectación⁹¹.

Acerca del rango normativo que había de tener la regulación de los internamientos psiquiátricos civiles, Bercovitz mantuvo una posición ciertamente prudente ya que, tras afirmar que esta materia “debe ser regulada por ley orgánica (art. 81 de la Constitución)” y de considerar que “el mismo artículo 211 CC carece del rango legal necesario”, admitió que “no obstante, cabe salvar este defecto puesto que se incluye en una ley, la 13/1983, cuyo contenido no necesitaba ser aprobado en su mayor parte por ley orgánica”⁹². No creo que tal argumentación hubiera servido de excusa para salvar el déficit de rango del art. 211 CC. Es más, como lo demuestra sensu contrario una posterior regulación del internamiento -la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, bien es posible que una Ley Orgánica excluya de tal rango preceptos de la misma (en virtud de su Disposición Final 23^a), tal como sucedió precisamente con la Disposición Final 12^a, que contiene la reforma del art. 211 CC.

Pero la inmensa mayoría de los tratadistas del tema abogaron por la necesidad de otorgar un carácter orgánico para la regulación de la materia que aquí tenemos entre manos. Ya el fiscal Mena en tiempo temprano afirmó: “Por lo pronto el proyecto no parece atender suficientemente el verdadero carácter del internamiento como privación de libertad, porque si lo hiciera, debería haber otorgado al texto el carácter y trámite de ley orgánica, como ordena el art. 81.1º de la Constitución, en relación con los arts. 17, 24 y 25 de la misma, carácter y trámite que no se adoptaron”⁹³. En similar sentido, Roldán Barbero escribió que en 1983 se perdió la oportunidad de cumplimentar, en materia de internamientos, lo dispuesto en el art. 81.1 CE (exigencia de rango de ley orgánica para las normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas), lo cual aconteció a pesar de que sólo cuatro años

antes la Ley Orgánica General Penitenciaria sí fue recipiendaria de tal exigencia de rango normativo⁹⁴. Posteriormente Cobreros consideró que, teniendo presente el texto constitucional, saltaba a la vista la inadecuación del rango normativo de éste. Tras reconocer que, tras la promulgación de la Constitución, siguen siendo formalmente válidas las normas que lo hubieran sido con el sistema preconstitucional, propuso una serie de requisitos formales para una futura regulación de los internamientos. Entre ellos, figura el necesario rango orgánico de la dicha regulación⁹⁵. Leguina Villa, que prologó la monografía del anterior, también expresó igual parecer: “con arreglo a lo dispuesto en el art. 17 [de la Constitución], sólo si es orgánica [se] puede autorizar esta singular forma de privación de libertad”⁹⁶. Y se sucedieron en el tiempo similares pareceres. Ribera i Garijo se hizo eco de que la mayor parte de la doctrina abogaba por el rango orgánico, cuando de la regulación de un derecho fundamental se trate⁹⁷. Y para no ser excesivamente prolijos, recordar que García Morillo también entendió que, en esta materia, una regulación de carácter orgánico “desde la perspectiva de la protección de bienes y valores constitucionales de la más alta consideración es, también, irrefutable”⁹⁸.

Es cierto que también existieron posturas más matizadas. Cobreros, en la monografía antecitada, defendió, que hubiera sido posible “salvar este artículo 211 CC de la hoguera de la inconstitucionalidad formal si de él se hiciera una interpretación muy determinada”. Y propone la siguiente interpretación: “precisado que la exigencia de Ley orgánica sólo afecta a la norma que prevea los casos y disponga la forma en que se vaya a proceder a privar de libertad a una persona (artículo 17.1 CE, en la interpretación ya conocida) y dado que -como más adelante se comprobará- en este artículo 211 CC, propiamente, no se recogen los casos de internamiento y la forma o procedimiento previsto es claramente insuficiente y necesitada de concreción, el resultado sería que el

91 Afirmó al respecto García Morillo: “no cabe duda de que la propia seguridad del enajenado, su derecho a la salud y la prevención de los daños que pueda causar a personas o bienes justifican su privación de libertad”; GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 1995, p. 173.

92 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 973.

93 MENA ÁLVAREZ, J.M.: “Sobre la inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 484-485.

94 ROLDÁN BARBERO, Horacio: “Prevención del suicidio y sanción interna”, *Anuario de Derecho Penal*, núm. 40, 1987, p. 642.

95 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, *op. cit.*, p. 164.

96 LEGUINA VILLA, Joaquín: “Prólogo” a COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, *op. cit.*, p. 17.

97 RIBERA I GARIJO, Elena-Amalia: “Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1991, p. 181.

98 GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, *op. cit.*, p. 173.

artículo 211 CC podría valer en tanto en cuanto está relacionado con la incapacidad de las personas (y por eso, precisamente, está en el Título de la incapacidad y en el propio Código Civil), requiriéndose la forma de Ley orgánica para la necesaria norma que regula más concreta y determinadamente en qué casos se puede internar a una persona contra su voluntad y siguiendo qué *iter* procedimental detallado⁹⁹ (interesante apunte que debe contemplarse a la vista de lo que luego afirmarían las SSTC 129/1999, 131/2010 y 132/2010).

En artículos doctrinales posteriores Cobreros volvió sobre el tema. Y escribió que, a salvo de la interpretación anterior, como principio, cabe afirmar que es “indiscutida la necesidad de que la regulación de los internamientos (y salidas) de los enfermos mentales se realice mediante Ley Orgánica”¹⁰⁰, ya que son de aplicación al caso algunas de las tres hipótesis que nuestro ordenamiento prevé para su exigencia: a) cuando al establecerse un tratamiento sanitario como obligatorio, la sanción prevista sea una pena privativa de libertad, b) cuando el tratamiento obligatorio consista o comporte el internamiento en un establecimiento hospitalario o incluso el aislamiento domiciliario y c) cuando se prevea la utilización de la *vis* física¹⁰¹.

Ramos Chaparro por su parte afirmó que la ley que en el futuro regule los internamientos debería ser orgánica, “si bien no es necesario que lo sea el artículo 211 del C.c. porque no se trata de una normativa específicamente ordenada al ‘desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas’, sino meramente de una disposición singular, enmarcada en la dinámica de la incapacidad”¹⁰².

Con el mérito que tienen las opiniones de los dos últimos autores citados, lo cierto es que la correlación internamiento-incapacidad en modo alguno es necesaria, como lo prueba precisamente la reforma del art. 211 CC por la Ley Orgánica 1/1996.

99 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, op. cit., pp. 383-384.

100 COBREROS MENDAZONA, Edorta: “Aspectos jurídicos...”, op. cit., p. 164.

101 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: “Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, 1988, pp. 63-64.

102 RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm.3, Sep. 1988, p. 491.

El 4 de enero de 1994, por tanto antes de la reforma del art. 211 CC efectuada por la Ley Orgánica 1/1996, tuvo entrada en el registro del TC una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), en relación con el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, por posible infracción de los arts. 17.1 y 24.1 y 2 de la Constitución.

Dicha cuestión fue resuelta por la STC 129/1999, de 21 de julio¹⁰³. Los hechos subyacentes al planteamiento de la misma se referían a la solicitud de internamiento en un centro psiquiátrico, por parte de una trabajadora social del Ayuntamiento de Albufera (Alicante), de un menor que sufría diversas alteraciones psíquicas, habiendo sido diagnosticado de síndrome esquizofrénico, lo cual supondría la existencia de peligrosidad social. Tras la práctica de diversas diligencias judiciales se concluyó que resultaba conveniente el internamiento. No obstante, el Magistrado-Juez planteó a las partes (Ministerio Fiscal y promotores del procedimiento) la posible contradicción de lo dispuesto en el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil con lo previsto en los arts. 24.1, 24.2 y 17.1 de la Constitución, tras lo cual acordó por Auto de 3.12.1993 elevar la cuestión de inconstitucionalidad al TC. En opinión de este órgano judicial, el precepto cuestionado violaría el art. 24.1 CE al permitir la indefensión al posibilitar la resolución judicial autorizando el internamiento en un centro psiquiátrico “sin requerir previamente la defensa de la persona afectada y posibilitar su oposición al internamiento”, siendo a este efecto intrascendentes tanto la intervención del Ministerio Fiscal como defensor del “presunto incapaz” de no haber promovido el procedimiento, como la posibilidad de comparecencia del afectado con su propia defensa, al carecerse de la necesaria articulación procesal. También se vulneraría el art. 24.2 CE al infringirse el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Y, en fin, considera el Juzgado cuestionador que la regulación del internamiento sería contraria al derecho a la libertad proclamado por el art. 17.1 CE, ya que posibilitaba el internamiento de una persona sin que existiera una específica norma procesal legal para su sustanciación, recalando el hecho de que dicha norma procesal debería revestir el carácter de orgánica, de acuerdo con lo previsto en

103 La cuestión planteada es la núm. 19/1994. La Sentencia fue dictada por el Pleno, siendo ponente el Magistrado don Fernando Garrido Falla. El Magistrado don Pablo García Manzana presentó un voto particular, al que luego haré referencia.

el art. 81 de la Constitución.

El Abogado del Estado consideró que el precepto cuestionado no era inconstitucional, siempre que fuera interpretado conforme a la Constitución y se garantizara que el afectado fuera previamente oído por la autoridad judicial, en consonancia con lo dispuesto en el art. 5.4 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y las libertades públicas.

Por su parte, el Fiscal General del Estado también abogó por la plena constitucionalidad del precepto cuestionado. En primer lugar, afirmó, por la existencia de una regulación procesal suficiente y garantista, la relativa a la aplicación de los trámites de la jurisdicción voluntaria, por ser una regulación aplicable a un conjunto de actos que no constituyen un *numerus clausus* por lo que cabe la libre creación de otros supuestos, entre los que cabría admitir precisamente el internamiento involuntario. Además de lo cual esta tramitación, continuó afirmando el Ministerio público, era respetuosa con las garantías esenciales: se admite la prueba, cabe oposición del afectado, es obligada la intervención del Ministerio Fiscal, existe audiencia al interesado y el Juez puede modificar su resolución, admitiéndose incluso la impugnación de la decisión mediante el recurso de apelación.

El Fiscal General del Estado consideró igualmente que el precepto cuestionado era compatible con el art. 24.1 CE, ya que la norma constitucional ciertamente exige la audiencia del afectado por la decisión, “pero no exige con carácter general y en todos los casos -aunque nunca niega esta posibilidad- la intervención de un profesional en Derecho para entender cumplida la defensa”. El presunto enajenado, de no estar incapacitado, puede defenderse ante la pretensión de internamiento y hacer las alegaciones que estime pertinentes al respecto y solicitar la práctica de pruebas. A ello se une la intervención del Ministerio Fiscal, lo que completaría el derecho de defensa.

Tampoco consideró el Fiscal General del Estado que el precepto en cuestión fuera contrario al art. 17.1 CE, al existir “un procedimiento o trámite procesal adecuado y constitucional para internar a los enajenados siempre que el órgano judicial observe todos los preceptos que lo regulan”. La regulación entonces existente colmaría los requisitos exigidos por el art. 5.1 CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (“detención regular del enajenado”, siempre que previamente se haya establecido en sede judicial “que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada

médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique el internamiento”).

En lo referente al rango normativo la STC 129/1999 fue contundente: “La garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código Civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y mención regular... de formas mencionados en el art. 17.1 ‘ha de considerarse incluida la ‘detención regular... de un enajenado’, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC 104/1990, fundamento jurídico 2^o104). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)”.

No obstante, la STC 129/1999 concluyó que la cuestión de inconstitucionalidad planteada debía resolverse afirmando la constitucionalidad del precepto cuestionado, ya que al referirse a reglas procedimentales y no a la regulación “directa” del derecho a la libertad personal, no se requería una regulación con rango de ley orgánica¹⁰⁵.

104 “Según el art. 17.1 CE nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la Ley. Dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida desde luego la “detención regular... de un enajenado”, a la que se refiere el art. 5.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos. La “regularidad” de esa detención depende a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (art. 211 CC), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Winterwerp, S 24 octubre 1979 y Ashingdane, S 28 mayo 1985), debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad”.

105 “Pues bien, desde la STC 5/1981 este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término ‘desarrollar’, como a ‘la materia’ objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se

En consecuencia, el TC no entró a conocer del tema que aquí podría interesar, la constitucionalidad precisamente del párrafo 1º, el que posibilita el internamiento –hoy 763.1 LEC-. Este fallo del Tribunal Constitucional vino acompañado de un razonado y razonable voto particular de uno de sus Magistrados (García Manzano) en el cual expuso argumentos que comparto: “no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí” por lo que “el rango formal de la norma cuestionada no se ajusta a la Constitución, por hallarse contenida en ley ordinaria como es el C.C.”; además aunque la cuestión de inconstitucionalidad está directamente referida al párrafo 2º del art. 211 CC “la duda se extiende, a mi entender, también al párrafo 1º del citado precepto legal, en tanto que en el párrafo segundo se halla subsumida la habilitación legal para otorgar o denegar la autorización judicial”; en consecuencia, “ambos párrafos son inescindibles y no deben, en mi criterio, fragmentarse, a efectos de su constitucionalidad”. Y concluye este Magistrado afirmando: “De lo anterior ha de concluirse, en mi opinión, que procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 211 del CC., por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona –‘el más fundamental de todos ellos’, según el legislador de la Ley sobre Habeas Corpus, en su Preámbulo- sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad, en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental ha de producirse”. Este voto particular mereció el apoyo de algunos tratadistas, como Marín López en relación a la inescindibilidad de los párrafos citados del art. 211 CC¹⁰⁶ y García

ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que ‘desarrolle’ la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho” (STC 127/1994, fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar.

Aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado no cabe duda de que las reglas procedimentales contenidas en el párrafo segundo del art. 211 C.C. no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley orgánica”.

106 Marín López, comparte el criterio del Magistrado di-

García que consideró asimismo que los internamientos psiquiátricos involuntarios constituyen uno de los supuestos de privación de libertad a los que se refiere el art. 17 CE, por lo que su regulación necesariamente ha de llevarse a cabo mediante Ley Orgánica¹⁰⁷.

3.2. La Ley Orgánica 1/1996 y la STC 131/2010

Viniendo a resolver algunos de los defectos achacados a esta legislación, la Disposición Final 12ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor daría nueva redacción al primer párrafo del art. 211 CC quedando como sigue: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

Recordemos que, al mencionar el empleo de la noción de “presunto incapaz” en la redacción primitiva del 211 CC, gran parte de la polémica doctrinal se centró en delimitar el mismo. Este sería, precisamente el principal cambio introducido por la Ley Orgánica 1/1996, la determinación del sujeto pasivo del internamiento en una doble dirección¹⁰⁸: a) el motivo de ingreso no será la posible incapacidad sino el trastorno psíquico y b) el ingresado no será el “presunto incapaz” sino de la “persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”.

También es relevante la ampliación de los cauces establecidos en el 211 CC a todos los supuestos de

sidente, Sr. García Manzano, a la STC 129/1999, ya que “el tratamiento autónomo independiente que la Sentencia otorga a los distintos párrafos del artículo 211 CC no resulta de recibo”, pero es que además, aunque lo fuera, afirma este autor, el resultado es obvio: sería inconstitucional el apartado 1º del art. 211 CC que es precisamente el que “habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado” (TC *dixit*); MARÍN LÓPEZ, Juan José: “Los locos y su libertad. El artículo 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 209-214.

107 GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 171-172.

108 SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: *op. cit.*, p. 120.

internamientos de menores, al hacer extensiva la autorización a cualquier persona “aunque esté sometida a la patria potestad”.

Una y otra medida responden al mismo espíritu: la ampliación del ámbito de aplicación del 211 CC. Se pretendió con ello “regular un estado o una situación en la que se pueden encontrar un sin fin de ‘enfermos’ o de personas afectadas por un trastorno mental transitorio”¹⁰⁹. Con la nueva norma, concluirá Sáez González, sólo quedarían excluidos de la regulación del 211 CC los internamientos voluntarios y los internamientos de quienes ya estuvieran incapacitados, posición esta última que no comparto, ya que la normativa sobre internamientos contenida en el art. 211 CC (hoy 763 LEC) -a mi entender- debe considerarse aplicable a todo internamiento por razón de trastornos psíquicos con independencia de la existencia o no de previa incapacitación (si la hubiera, entonces serían al mismo tiempo de aplicación las normas específicas sobre tal estado civil). Siendo cierto que el internamiento voluntario tiene efectivamente otros cauces, a la postre no es nada inusual que se reconduzca a la regulación del 211 CC (hoy 763 LEC), en supuestos de incapacidad natural¹¹⁰ sobrevenida del sujeto concernido para decidir sobre sí mismo.

La STC 131/2010, de 2 de diciembre, ha planteado muy recientemente la cuestión de la constitucionalidad de la regulación sobre internamientos psiquiátricos involuntarios, en relación con el párrafo 1º del art. 211 del Código Civil y la Disposición Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Para entender la cuestión, debe recordarse que la Disposición Final 12ª contempló una modificación del primer párrafo del

art. 211 CC. La Disposición Final 23ª, por su parte, estableció el carácter de Ley ordinaria de varios preceptos, entre los que se incluyó, precisamente la mencionada Disposición Final 12ª.

La litis, en este caso ubicada en el ámbito de un expediente de jurisdicción voluntaria, se refería a la solicitud de una madre para el internamiento en un centro psiquiátrico de su hija, una mujer mayor de edad, por presuntamente padecer trastornos psíquicos y drogodependencia. El Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña procedió, el 24 de septiembre de 1999, a incoar el correspondiente procedimiento, acordando que se realizara -tres días después- “el examen de la afectada y la elaboración de informe forense sobre su estado de salud y sobre la conveniencia de acordar la medida de internamiento pretendida”¹¹¹.

Tras procederse al examen -y ha de suponerse que, tras la presentación del informe facultativo- el Juzgado requirió a las partes y al Ministerio Fiscal para que “alegaran cuanto estimasen oportuno en relación con la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 211, párrafo primero, del Código civil, por posible infracción de los arts. 17.1¹¹² y 81.1 CE¹¹³”. Sólo el Ministerio Fiscal presentó escrito, estimando “que no resultaba infundada la duda sobre la inconstitucionalidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil por contenerse en una ley ordinaria la regulación del derecho a la libertad”.

El Juzgado planteó la cuestión de inconstitucionalidad el 25 de octubre de 1999, en base a considerar que la garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 CE también alcanza a quienes quedan sometidos a un internamiento involuntario (del art. 211 CC), por lo que -e invoca al respecto las SSTC 104/1990 y 129/1999-, al constituir una privación de libertad debiera estar regulado por una Ley Orgánica. En este sentido, la STC analizada recalca el hecho de que el Juzgado que plantea la cuestión de inconstitu-

109 SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: *op. cit.*, p. 121. Autor que valora positivamente el cambio en este sentido, si bien llama la atención en la discordancia del art. 211.II (no modificado en 1996) con el nuevo 211.I CC, al seguir haciendo mención a la comunicación al Ministerio Fiscal a efectos de instar el procedimiento de incapacitación.

110 Prefiero en este artículo, precisamente por el carácter jurídico de la publicación, utilizar el término de “incapacidad natural” y no “incompetencia”, término por otra parte usual en las publicaciones médicas, por la literal traducción que se hace del término inglés “competence”. El término “capacidad natural” es el tradicional en nuestra doctrina civilista más prestigiosa; vid. por ejemplo: ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*. Vol. 1, Bosch, Barcelona, 12ª edic., 1991, p. 230. Sobre el régimen jurídico de los actos realizados por el “incapaz natural” vid., por ejemplo: PARRA LUCÁN, María Angeles, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel y PARRA LUCÁN, María Angeles: *Curso de Derecho Civil. Volumen I. Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, 1998, p. 378.

111 Se aplicó por consiguiente lo entonces dispuesto por el art. 211, pfo. 2º del Código Civil (que en la actualidad se correspondería con el art. 763.3 Ley de Enjuiciamiento Civil).

112 “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

113 “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

cionalidad mantiene la línea formulada por el voto particular que acompañó a la STC 129/199, al que antes se hizo referencia.

Fijada la cuestión de inconstitucionalidad en los términos que anteceden, el TC dio traslado al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Fiscal General del Estado, a fin de que pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Respecto a las Cámaras parlamentarias poco puede reseñarse: el Congreso no se personó en el procedimiento y el Senado, aunque se personó y ofreció su colaboración, no ejerció papel alguno en el mismo.

Interesan pues dos posicionamientos procesales, el del Ministerio Fiscal (escrito de 18 de febrero de 2000) y el de la Abogacía del Estado (escrito de 9 de febrero de 2000).

La posición que mantuvo el Ministerio Fiscal se fundamentó en un precedente jurisprudencial previo (la STC 129/1999, de 1 de julio). En esta resolución –recuerda la Fiscalía General del Estado– fue desestimada otra cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, señala el Ministerio Fiscal y reproduce la STC 131/2010, la desestimación se produjo en un contexto diferente, si bien la susodicha STC 129/1999, de 1 de julio contendría una serie de afirmaciones que pudieran servir para dilucidar la resolución del caso planteado en la STC 131/2010. En efecto, la STC 129/1999, como se recordará, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad entonces planteada, por estar dirigida frente al pfo. 2º del art. 211 CC y no frente al pfo. 1º. Sin embargo, en la STC 129/1999 “quedó claramente sentado que la garantía del art. 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil y, por tanto, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica”. Y concluye afirmando el Ministerio Público que “la regulación del internamiento de presuntos incapaces exige una ley orgánica expresamente dirigida a ese fin, incluso aunque la misma suponga una reforma del Código civil”. Por lo expuesto, el Fiscal General del Estado solicitó que se dictara Sentencia que declarase que el art. 211, párrafo primero, del Código civil es contrario a los arts. 81.1 y 17.1 CE.

El Abogado del Estado (“representante del Gobierno” según es calificado por el TC en tres ocasiones) reconoce en primer lugar, que aunque la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil derogó el precepto cuestionado, ello no conlleva la desaparición del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada,

hasta la entrada en vigor de la LEC, el 8 de enero de 2001. No obstante, la Abogacía del Estado sostiene la constitucionalidad de la norma cuestionada, utilizando para ello tres argumentos.

El argumento pretendidamente más sólido se refiere a la necesidad de diferenciar entre el “contexto” en el que se produce la privación de libertad en el ámbito penal y aquel otro en el que tiene lugar el internamiento (civil) de una persona que padece una “enfermedad psíquica”. A juicio de la Abogacía del Estado, el art. 17.1 CE, “aunque sea aplicable a todos los supuestos de restricción de libertad, no puede negarse que se sitúa dentro de un contexto... referido a las limitaciones de libertad que tienen su origen en una causa penal, bien porque se refieren a la investigación y aseguramiento de la responsabilidad en el caso de delitos o a condenas penales consecuencia de un previo pronunciamiento penal”. Es decir, esta privación de libertad “trae causa de la comisión de un delito comprobada en un proceso, tiene la duración determinada en la ley y con ella se trata de asegurar, bien la investigación del delito, bien la ejecución de la Sentencia que pueda dictarse”. El contexto del internamiento psiquiátrico civil, según la Abogacía del Estado, es notoriamente diferente, ya que “se establece en beneficio fundamentalmente del afectado –que no puede valerse por sí mismo– y consiste en su ingreso en un centro en el que será tratado de su enfermedad. La protección del derecho a la libertad se traduce en este caso en la exigencia de que tanto la ley como su aplicación aseguren la concurrencia del presupuesto (la intensidad de la enfermedad), se examine y oiga al afectado, intervenga un perito médico y medie decisión judicial”. El Abogado del Estado, aún reconociendo que la restricción de libertad que impone el art. 211 CC incide en el derecho a la libertad personal proclamado en el art. 17.1 CE (i), estima que dicha restricción está suficientemente habilitada por una ley ordinaria “al no exigir el supuesto de hecho habilitante la garantía adicional que supone la reserva de ley orgánica”.

Como segundo argumento, la Abogacía del Estado estimó que la privación de libertad a la que se refiere el art. 211 CC debiera interpretarse en conexión con lo preceptuado en el art. 49 CE, norma que habilitaría el internamiento “operando como el mejor desarrollo y, desde luego, la mejor garantía del derecho a la libertad”. Es decir, “el art. 211 del Código civil no sería sino una concreción del mandato constitucional establecido en el art. 49 CE en orden al tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Es aquí donde la Abogacía del Estado lleva a cabo una cuan-

do menos curiosa interpretación, al afirmar que el art. 211 CC “puede considerarse como una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el Código Penal de la que constituiría mero desarrollo. En otras palabras, la habilitación por el legislador orgánico a la autoridad judicial para internar a una persona enferma en un centro adecuado a su patología, único extremo que, según el Auto de planteamiento estaría dentro del ámbito de la reserva de la Ley Orgánica, tendría suficiente cobertura en el Código Penal”.

El tercer argumento empleado por la Abogacía del Estado para sostener la constitucionalidad de la norma cuestionada tampoco tiene desperdicio. Aún no negándose el carácter ordinario de la Disposición Final 12ª de la Ley Orgánica 1/1996 que introdujo la nueva redacción del art. 211 CC (párrafo 1º), debiera tenerse en consideración que la disposición que declara el carácter legal ordinario de la referida norma fue aprobada con carácter de ley orgánica, con lo cual la “garantía implícita en la tramitación y votación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados se ha respetado en este caso, pues la disposición final duodécima se integra en una ley orgánica”. Es decir: “ha sido, en definitiva, el propio legislador orgánico quien ha decidido, en atención a criterios que consideraba técnicamente correctos, atribuir carácter ordinario a la repetida disposición”.

El TC aborda la cuestión de inconstitucionalidad planteada, resolviendo en primer lugar las posibles dudas sobre la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento (FJ 2), para posteriormente tratar la posible inconstitucionalidad, ya no sólo del art. 211.1º CC, sino también de la Disposición Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996 (FJ 3). También se refiere en la Sentencia a la inconstitucionalidad de normas postconstitucionales que infrinjan la reserva de ley orgánica que afecta a la garantía de la libertad personal del art. 17.1 CE (FJ 4), la admisibilidad de que leyes orgánicas contemplen preceptos con rango de ley ordinaria (FJ 5) y el alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Disp. Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996 (FJ 6).

Entiende, en primer lugar el TC, que en modo alguno cabe hablar de “desaparición sobrevenida del objeto” del procedimiento. El Pleno del TC recuerda la sustancial diferencia entre los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad. En los primeros, “como regla general y salvo que se trate de una controversia competencial, la derogación de la norma legal impugnada supone la pérdida de

objeto del proceso”, pero en las segundas “los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo”. Y es obvio que este es el caso. Aquí el TC introduce además lo que bien pudiera denominarse “un aviso a navegantes”, ya que menciona que el contenido del art. 211 CC “se reproduce sustancialmente en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” y, llamativamente, pendía aún ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2011 que versaba sobre este último precepto “planteada por el mismo órgano judicial del que procede la presente cuestión, y en la que se deducían las mismas vulneraciones, y con similares argumentos, que las que se imputaban al párrafo primero del art. 211 del Código civil” (anticipa de este modo la solución que adoptaría en la STC 132/2010).

En segundo lugar, el TC establece que comoquiera que se cuestionó, aunque de forma subsidiaria, la Disp. Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996 y discutiéndose precisamente el rango normativo en materia de internamientos psiquiátricos civiles involuntarios, la resolución de la cuestión planteada debe asimismo abordar la constitucionalidad, ya no sólo del art. 211.1º CC sino también de dicha Disposición Final.

En tercer lugar, el TC entra de lleno en el fondo del asunto, rememorando que la duda planteada ya fue despejada por la STC 129/1999, de 1 de julio. Al plantearse la constitucionalidad del párrafo 2º del art. 211 CC la cuestión fue desestimada, habida cuenta de que al contener este precepto las “reglas procedimentales sobre la conformación de la decisión judicial de internamiento, no se consideró necesaria la forma de ley orgánica”. Sin embargo, la STC 129/1999 estableció rotundamente en su FJ 2 que: “la garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 ‘ha de considerarse incluida...] la (detención regular... de un enajenado), a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos’ (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición

de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)". Por consiguiente, añade el FJ 4 de la STC 131/2010: "el art. 211, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, tiene por objeto un asunto, el internamiento forzoso de personas que padezcan trastornos psíquicos, que afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE, en relación con el art. 17.1 CE, como este Tribunal ya declaró en la citada STC 129/1999, FJ 2. Por ello la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha incurrido en inconstitucionalidad al excluir a aquel precepto del carácter orgánico de la propia ley que lo comprende".

En cuarto lugar, en el FJ 5 de la STC 131/2010 reconoce: "Ciertamente, el legislador está habilitado para incluir en una ley orgánica preceptos que contengan materias conexas, excluyendo expresamente a dichos preceptos en la propia ley orgánica del régimen de especial rigidez establecido por el art. 81.2 CE". Ello es admisible "siempre y cuando el contenido de éstos se limite a desarrollar el núcleo orgánico de la ley y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia". Ahora bien, en el supuesto de que una Ley Orgánica excluya de tal carácter asuntos que están reservados a tal tipo de Ley, el TC "puede declarar inconstitucional la atribución por el legislador de la naturaleza de ley ordinaria a un precepto contenido en una ley orgánica cuando aprecie que el precepto en cuestión afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE y concordantes". Precisamente, por ser este el caso sometido a cuestionamiento, el TC declara inconstitucional y nula la Disp. Adic. 23ª de la Ley Orgánica 1/1996 "dado que tiene por objeto una materia –la medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos– incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica" (FJ 6).

En quinto y último lugar, en el FJ 6, el TC expresa el alcance de su sentencia, estableciendo que, "en este caso", la declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de la norma cuestionada (Disp. Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996). Y ello, porque "la declaración de nulidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil, crearía un vacío en el ordenamiento jurídico, sin duda no deseable,

máxime teniendo en cuenta que dicho precepto no ha sido cuestionado en su contenido material, esto es, no se ha discutido la pertinencia de la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico en establecimiento de salud mental mediante autorización judicial, a lo que ha de añadirse que, en realidad, se trata de un precepto ya derogado". Efectivamente, la derogación del art. 211 CC por la LEC lleva al TC a considerar inconstitucional pero no nulo el art. 211 pfo. 1º, por lo que ha de reconocerse que desplegará sus efectos hasta su derogación por la LEC. Lo cual no obsta para que el TC aclare que tal declaración lo es "sin perjuicio de la correspondiente modulación de esos efectos que pudiera resultar de lo establecido en las disposiciones transitorias de dicha ley, cuyo art. 763.1 regula actualmente la medida judicial de internamiento forzoso por razón de trastornos psíquicos, precepto sobre el que este Tribunal ha de pronunciarse al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el mismo órgano judicial del que procede la presente cuestión, como ya se dijo".

Por las razones expuestas el pronunciamiento del TC establece, de un lado, la inconstitucionalidad y nulidad de la Disp. Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996 (en cuanto que no reconoció, debiendo hacerlo, el rango legal orgánico de la modificación del art. 211 CC); de otro, la inconstitucionalidad del art. 211 pfo. 1º CC con los efectos antes indicados (dicho precepto desplegaría sus efectos, que son los que interesan al caso judicial subyacente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, hasta el 8 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la LEC).

3.3. El art. 763 LEC y la STC 132/2010 y 131/2010

El régimen vigente en materia de internamientos psiquiátricos involuntarios se encuentra recogido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Su Disposición Derogatoria Única.2.1º derogó, entre otros, el art. 211 del Código Civil. Para sustituir a este precepto se aprobó el art. 763 de la misma, que –por inercia histórica o por no encontrar un lugar más adecuado– se incluyó en el Cap. II ("De los procesos sobre la capacidad de las personas") del Título I ("De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores" del Libro IV ("De los procesos especiales"))¹¹⁴.

114 "Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque

Esta normativa, que ha sido objeto de abundante atención doctrinal —como viene sucediendo al respecto en las últimas décadas sobre los internamientos psiquiátricos civiles¹¹⁵— mantiene el control judicial,

esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

115 Vid. GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Marco jurídico de la enfermedad mental*, op. cit.; BANACLOCHE PALAO, Julio: “Tratamiento procesal del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en la nueva LEC”, en el Seminario *Los internamientos involuntarios: problemática actual. Criterios médicos y jurídicos para su autorización; alcance social. Su tratamiento procesal en la nueva LEC 1/2000*, CGPJ-Conselleria Justicia de la Generalitat Valenciana, Valencia 9 y 10 mayo 2001; FERREIROS MARCOS, Carlos-Eloy: “El nuevo artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil” en FERREIROS MARCOS, Carlos-Eloy: *Enfermedad*

pero asimismo en una norma legal de rango ordinario. Precisamente de ello trata la STC 132/2010. Esta Sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad que dimana de la autorización solicitada por una ciudadana para proceder al internamiento de su tío, alegando que padecía trastornos psíquicos y alcoholismo. Tras proceder el Juzgado al examen del afectado y a recabar el correspondiente informe forense, se acordó requerir a las partes y al Ministerio Fiscal para que establecieran su posición sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 763.1 pfs. 1º y 2º LEC. Sólo el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones, concluyendo que procedía plantear dicha cuestión. A juicio del órgano judicial cabría dicho planteamiento ya que la garantía del art. 17.1 CE alcanza a quienes son internados en virtud del art. 763 LEC y este precepto, al afectar al desarrollo de un derecho fundamental, requiere un rango orgánico. Nuevamente el Congreso de los Diputados no se personó en el procedimiento y el Senado, aunque se personó, se limitó a ofrecer su colaboración.

La Abogacía del Estado, al considerar que esta cuestión es similar a la dilucidada en la STC 131/2010 estimó que eran trasladables a este proceso las alegaciones que en su día hizo. La más relevante aportación de esta Abogacía se incluye al final de su escrito de conclusiones, solicitando que, en el supuesto de que la cuestión de inconstitucionalidad fuera estimada, se emitiera “un fallo que, utilizando fórmulas como la de la denominada ‘inconstitucionalidad diferida’ u otra similar, permita atenuar en lo posible las indeseables consecuencias prácticas que podrían derivarse de un fallo de inconstitucionalidad sin paliativos”.

El Fiscal General del Estado, a la vista del antecedente que supuso la STC 129/1999, solicitó que se declarara la nulidad del art. 763.1, pfs. 1º y 2º LEC, por ser contrarios a los arts. 17.1, 53.1 y 81.1 CE.

y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante, 2001, pp. 737-758; SANTOS MORÓN, Mª. José. El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000/ Mª. José Santos Morón. Tirant lo Blanch: Valencia, 2002; CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel: *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*, La Ley, Madrid, 2003, 2ª edic., pp. 507-631; ARIAS GARCÍA, Juan Antonio: “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 2016, 2006, pp. 2697-2736; GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos”, en VENTURA MAS, Silvia y SANTOS URBANEJA, Fernando (Dir.): “La respuesta judicial ante la enfermedad mental”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 92, Madrid, 2006, pp. 69-103.

La Sentencia, recordando el precedente de la citada STC 129/1999, pero también la coetánea STC 131/2010 -dictada incluso en el mismo día- resuelve declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos 1º y 2º del art. 763.1 LEC “que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica”. Dichos incisos son: a) el primero del pfo. 1º del art. 763.º LEC: “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”; b) el primero del pfo. 2º del mismo precepto: “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”. El TC decide asimismo que la aplicación de la doctrina establecida en las SSTC 129/1999 y 131/2010 “nos lleva a descartar la duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de la presente cuestión en relación con el resto de los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, los cuales establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica”¹¹⁶.

La STC 132/2010 incluye además una apostilla de indudable interés, precisamente en línea con la petición subsidiaria de la Abogacía del Estado antes expuesta y con el precedente sentado por la STC 131/2010:

“A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la

posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.

Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

Precisamente, en referencia al alcance de esta Sentencia se dictó la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, que concluye:

“Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad (*diferida*) no lleva aparejada, en el presente caso, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pues ésta continuará desplegando sus efectos mientras el legislador no proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica. Lo contrario generaría una situación *de facto* contraria a las propias exigencias de protección que dimanen del art. 49 CE.

Como consecuencia de lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad no impide que el art. 763 LEC pueda continuar aplicándose y siga ofreciendo la adecuada cobertura normativa a los internamientos psiquiátricos no voluntarios, de tal modo, que éstos sigan estando sometidos al mismo sistema de control judicial, bien con carácter previo bien, en casos de urgencia, *a posteriori*”.

4. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La retrospectiva hasta aquí efectuada pone en evidencia que el déficit en la regulación de los internamientos psiquiátricos civiles ha sido crónico en nuestra historia jurídica, llegando hasta nuestros días. Ni incluso, cuando intentamos imitar el modelo francés, fuimos afortunados. La ausencia en la práctica de un control judicial de esta modalidad de privación de libertad perduró durante décadas. Incomprensiblemente, incluso en la actual etapa constitucional las sucesivas reformas legislativas han desconocido una tras otra el preceptivo rango orgánico que finalmente ha respaldado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 131/2010 y 132/2010.

¹¹⁶ Se refiere concretamente a los siguientes incisos: a) Pfo. 1º art. 763.1 LEC: “[Autorización judicial]... que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento”; b) Pfo 2º 763.1 LEC: “En este caso [ingreso involuntario urgente], el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”.

A la vista de los antecedentes no cabe albergar excesivo optimismo en la prontitud con la que el legislador debiera abordar esta cuestión. Mas si la demora tiene lugar, creo que al menos debiera servir para afrontar -de una vez por todas- la regulación de los tratamientos involuntarios en nuestro país. No postulo con ello una normativa diferenciada para los pacientes mentales. Por el contrario, entiendo que la mencionada nueva regulación ha de tener por ámbito todo tratamiento sanitario involuntario que éticamente esté justificado. Cobreros en su día ya apuntó la existencia de una reserva legal al respecto¹¹⁷. El Fiscal Santos Urbaneja ha abogado igualmente por una normativa unitaria sobre los tratamientos involuntarios “donde se regule en profundidad esta materia, subsanando las enormes lagunas existentes al respecto”¹¹⁸. Y ello porque la Ley 41/2002 de autonomía del paciente no resuelve -al menos suficientemente- el problema de los tratamientos forzosos¹¹⁹.

Es un tema que merece un profundo debate. A mi modesto entender tal regulación debiera tener como principios básicos los contenidos en el siguiente decálogo:

- 1) Principio de respeto a la dignidad personal. El empleo de medidas de intervención sanitaria involuntaria debe compatibilizarse al máximo con el respeto a la dignidad de la persona.
- 2) Principio de legalidad. Regulación por una ley de rango orgánico, acabando con la discriminación a nivel de rango existente entre pacientes infecto-contagiosos y pacientes mentales¹²⁰. Al margen de esta regulación sustantiva, nada impide que sea una ley ordinaria la que regule los aspectos procedimentales.
- 3) Principio de justificación ética. Basado en la existencia de riesgos para sí o para terceros y el

beneficio que pudiera obtener el propio paciente.

4) Principio de necesidad. Es decir, existencia de una indicación terapéutica de la medida, previa evaluación médica.

5) Principio de menor restricción. Lo que comporta:

a. La proporcionalidad entre el fin perseguido y la medida involuntaria adoptada, debiendo optarse por el uso de la alternativa asistencial menos restrictiva de la libertad personal.

b. La prohibición de todo exceso en su aplicación.

c. La temporalidad de la medida adoptada. Ha de regir pues la necesaria proporcionalidad y de congruencia.

d. La instauración de un régimen razonable de comunicaciones y visitas al paciente.

6) Principio de garantía asistencial. Lo que conlleva:

a. La dotación de los recursos humanos y materiales adecuados.

b. La prestación de los cuidados médicos, psicológicos y enfermeros y la asistencia social adecuada.

7) Principio de garantías jurídicas:

a. Derecho a la información sobre las causas de la intervención, derechos del paciente y vías de reclamaciones y recursos.

b. Derecho a presentar reclamaciones y quejas y a entablar un recurso judicial.

c. Derecho a la asistencia jurídica y del representante legal del paciente.

8) Principio de documentación de actuaciones.

9) Principio de fiscalización. En dos planos:

a. Interno. Mediante la evaluación periódica del sistema de medidas restrictivas de la libertad personal y la actuación del correspondiente Comité de Ética Asistencial.

117 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios...*, op. cit., p. 221.

118 SANTOS URBANEJA, Fernando en *Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado*, Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández, Madrid, 1999, p. 417.

119 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Prólogo” a GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coords): *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 11. [9-13].

120 Es ciertamente llamativa la diferencia de trato entre los pacientes mentales y los pacientes infecto-contagiosos. Estos últimos sí gozan de una normativa sustantiva con rango orgánico, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública.

b. Externo. En los ámbitos: jurisdiccional, del Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo y los Organismos internacionales reconocidos por España.

10) Derecho a la intimidad y confidencialidad de datos sanitarios, pero también a la privacidad.

LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS

Ignacio Hermida Lazcano

Doctor en Medicina y Cirugía. Especialista en Medicina Interna. Profesor Asociado de la Facultad de Medicina de la UCLM.

Máster en Derecho Sanitario y Bioética por la UCLM.

Médico del Servicio de Medicina Interna del Complejo Hospitalario y Universitario de Albacete.

Cristina Nerín Sánchez

Doctora en Medicina y Cirugía. Especialista en Medicina Interna.

Médico de la Unidad de Medicina Paliativa del Servicio de Medicina Interna del Complejo Hospitalario y Universitario de Albacete

ÍNDICE

1. Generalidades acerca de la información. Del paternalismo a la autonomía.
2. La información en el día a día de la relación médico-enfermo.
3. Marco Legal en lo referente a la información al paciente.
4. La información en Medicina Paliativa:
 - 4.1 Aspectos generales.
 - 4.2 La “conspiración del silencio”.
 - 4.3 La “verdad soportable”.
 - 4.4 Fases que atraviesa el paciente después de ser informado.
5. Justificación del tema.
6. Ámbito del estudio.
7. Recogida de datos y confidencialidad de los mismos. Consideraciones éticas y legales.
8. Análisis del grado de información de los pacientes.
9. Dificultades para la realización del estudio.
10. La información al paciente y a los familiares. Estilo y diferencias culturales.
11. ¿Es beneficiosa o perjudicial la información para el sujeto demandante de la misma?
12. Consideraciones finales

RESUMEN

La información al paciente adquiere matices peculiares en pacientes oncológicos en seguimiento en las Unidades de Medicina Paliativa. Nos planteamos

conocer cuál es el grado de información de nuestros pacientes y las causas que motivan la posible falta de información.

PALABRAS CLAVE

Información al paciente, cuidados paliativos, verdad soportable, conspiración del silencio, derecho a no saber, protección informativa

ABSTRACT

Information to the patient takes peculiar nuances in oncologic patients in follow-up in Palliative Care Units. We try to know which is the degree of information in our patients and what might be the reasons for the lack of information.

KEYWORDS

Information to the patient, palliative care, bearable truth, conspiracy of silence, the right to not know, informative protection

1. GENERALIDADES ACERCA DE LA INFORMACIÓN. DEL PATERNALISMO A LA AUTONOMÍA

En el ámbito sanitario, la información al paciente supone una parte importante del quehacer diario del médico. La información queda englobada en el contexto más amplio de la comunicación con el paciente, ya que incluye mucho más que la expresión verbal y

está constituida también por gestos, miradas, silencios (comunicación no verbal) y en definitiva todos los aspectos generales de la comunicación entre personas. La importancia y la necesidad de una buena información hacen imprescindible una adecuada preparación del futuro profesional y un entrenamiento y perfeccionamiento continuo a lo largo de su vida laboral. De hecho, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “informar” como *enterar, dar noticia de una cosa*. De igual forma define “comunicar” como *hacer a otro partícipe de lo que uno tiene*.

El derecho a la información del paciente está regulado en nuestro país a través de diferentes leyes que han visto la luz en los últimos años y a las que nos referiremos después de forma más detallada. En las últimas décadas se ha producido una transformación de gran trascendencia en el contexto de las relaciones entre el médico y el paciente y, en general, en el contexto clínico-asistencial: de un enfoque claramente paternalista, en que la decisión sobre el tratamiento recaía esencialmente en el primero, hemos evolucionado hacia un paradigma diferente, en el que el paciente cobra un pleno protagonismo a la hora de consentir o rechazar un tratamiento (previamente informado de las alternativas disponibles, riesgos y ventajas), debiendo respetarse su voluntad incluso aunque la decisión adoptada comporte un tiempo de vida más corto que el que se hubiese logrado de haber optado por alguna de las otras alternativas posibles.

La concepción paternalista consideraba que el médico, por el mero hecho de serlo, se encontraba revestido de la autoridad necesaria para actuar de la forma que considerara más beneficiosa para la salud del paciente, incluso a costa de no informar a éste suficientemente, o incluso de despreciar su voluntad si el enfermo se oponía a un tratamiento considerado imprescindible. Frente a ella se han ido desarrollado en los últimos años los temas referentes a la autonomía del paciente y el derecho a la información. Y es que el derecho a la información es una derivación del derecho a la autonomía, ya que sólo si se conocen los aspectos vinculados a la dolencia y las opciones terapéuticas puede tomarse una decisión consciente¹. Como derecho, sin embargo, abarca dos contenidos: el derecho a saber y el derecho a no saber.

El acceso a la verdad es un derecho de todos los

1 BARRIOS LF. *Marco Jurídico de la Analgesia. Énfasis en el paciente terminal*. Madrid, You and Us SA, 2005. pp. 65-82.

pacientes, ya que cada persona tiene derecho a decidir, con apoyo y conocimiento de causa, sobre aspectos tan importantes de su vida como el proceso de salud/enfermedad o de vida/muerte². La comunicación honesta es un imperativo ético para el profesional sanitario³ e implica también el respeto de los deseos y valores de los pacientes, es decir, del principio de autonomía⁴, permitiendo la organización de los cuidados según las prioridades y preferencias de los pacientes y facilitando una toma de decisiones compartida.

2. LA INFORMACIÓN EN EL DÍA A DÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO-ENFERMO

Desde el contacto inicial con el enfermo, en el momento en que se realiza la historia clínica, el profesional, una vez ha escuchado las dolencias del paciente y una vez ha realizado la exploración física, debe saber encontrar el espacio y tiempo suficientes para explicar cuál es su impresión inicial sobre el origen de los síntomas del paciente y cuál es la ruta que plantea para llegar a un diagnóstico certero. Uno de los problemas con que nos encontramos los profesionales sanitarios es el de que disponemos de escaso tiempo para dedicar a cada enfermo, y éste es un problema real, pero de alguna forma hay que aprender a organizar ese tiempo para no privar al paciente de ese espacio de información que tanto espera y necesita.

Si el paciente percibe por parte del médico una actitud de cercanía, de sinceridad y de honestidad y si sale de la primera consulta con la certeza de haber comprendido una gran parte de lo que el médico piensa que le ocurre y de qué pruebas ha propuesto realizar para el proceso diagnóstico o qué tratamiento le ha indicado y el porqué del mismo, el éxito de la relación médico-enfermo está casi garantizado y podemos decir que “el camino ha empezado bien”. En las visitas sucesivas el médico deberá saber transmitir los resultados de las pruebas de forma que el

2 BARBERO J. “El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar”. *An. Sist. Sanit. Navar.* 2006, 29 (Supl 3), pp. 19-27.

3 MCPHERSON, J., HIGGINSON I.J, HEARN J. “Effective methods of giving information in cancer: a systematic literature review of randomized controlled trials”, *J. Public Health Med.* 2001, 23(3), pp. 227-234. FALLOWFIELD L. “Communication with the patient and family in palliative medicine”, en DOYLE, D., HANKS, G.W.C., CHRENEY, N., CALMAN, K., editors. *Oxford textbook of Palliative Medicine*, 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2004.

4 FALLOWFIELD, L. “Communication with the patient and family in palliative medicine”, cit.

paciente lo pueda entender, deberá proponer nuevos exámenes si es necesario, explicando la finalidad y los riesgos de los mismos, o plantear un tratamiento oportuno.

El proceso de información debe ser continuo a lo largo de toda la relación terapéutica y debe estar adaptado a cada enfermo y a cada fase de la enfermedad. Es indudable que la información no puede ser similar para todos los pacientes y que el profesional debe saber adaptarse al paciente que tiene enfrente en lo que se refiere a su edad, nivel cultural, situación emocional y lo que es más, debe intuir y satisfacer el diferente deseo y cantidad de información que el paciente reclama. Muchas veces es muy útil intentar ponerse por un momento en “el otro lado de la mesa” y pensar qué es lo que nos gustaría que nos explicaran si fuéramos nosotros los pacientes y de qué forma desearíamos que lo hicieran; seguro que fácilmente se nos vendrían a la cabeza términos como cercanía, sinceridad, fácil comprensión, confianza en que se van a tomar interés en nuestro problema, etc., y seguro que de alguna forma adquirirían más importancia para nosotros que el nombre del medicamento que nos pudieran haber prescrito.

Pero para que este proceso de información se pueda llevar a cabo de forma correcta es necesario que los profesionales sanitarios nos planteemos una reflexión o pregunta inicial: ¿estamos preparados para informar a nuestros pacientes?, ¿sabemos realmente hacerlo? Aunque las cosas están cambiando en los últimos años, hasta hace poco tiempo en las facultades de Medicina no se prestaba ninguna atención en la preparación del futuro médico en el importante proceso de informar y comunicarse con el paciente⁵. Es por eso que cuando el médico empieza a tratar directamente con los enfermos evidencia en muchas ocasiones esta falta de conocimiento y simplemente “hace lo que puede”, que en muchas ocasiones es poco y posiblemente está mal. El trabajo cotidiano sí permite sin embargo ir mejorando y superando estas carencias, siempre que la actitud del médico sea receptiva y cercana a sus pacientes. No creemos que sea necesaria una gran preparación en psicología o en técnicas teóricas de comunicación para lograr estos objetivos, pero sí es importante que durante la carrera se traten los aspectos generales de la información y comunicación con el paciente.

El médico no puede olvidarse de que tiene enfrente una persona como él, con su presente y con su historia pasada que le han hecho ser lo que es, y que en la actualidad se encuentra en una situación vulnerable, de fragilidad, condicionada por su estado de enfermedad y probablemente por el miedo que esto lleva consigo. Y tiene que ser sensible a ello y aprender a individualizar en cada enfermo y adaptar a él su “forma de informar” y la “cantidad” de información que debe comunicar. El propio acercamiento a los pacientes le va a dar al médico pistas claras sobre cuál es el deseo de información que reclaman. Los habrá que se conformen con algunos aspectos básicos que puedan comprender fácilmente, pero otros preguntarán mucho y quizá hasta se hayan empapado ya en libros o en internet sobre diversos aspectos de su patología y querrán confrontar lo que han leído con la opinión del profesional. Y éste debe estar a la altura y ser capaz de responder a esos deseos de información tan desiguales.

3. MARCO LEGAL EN LO REFERENTE A LA INFORMACIÓN AL PACIENTE

Procedamos ahora a revisar cómo se ha ido legislando en España en esta materia de información al paciente:

- Como marco general, la *Constitución Española* en su artículo 43 referente a la protección de la salud dice: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

- La *Ley General de Sanidad* (Ley 14/86 de 25 de abril), hace referencia a los temas de la información, y en su capítulo primero, de los principios generales, dice en el artículo 10: “todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: ...5. A que se le dé en términos comprensibles, a él o a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Además, siguiendo con este tema de derechos del paciente, marca también en este artículo, en el apartado 10 el derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos que también quedan regulados en esta Ley.

5 GONZÁLEZ BARÓN M., “Comunicación e información. Fundamentos”, en *Tratado de Medicina Paliativa y tratamiento de soporte del paciente con cáncer*, 2ª Edición, Madrid, Editorial Médica Panamericana, SA, 2007, pp. 61-64.

- Especial relevancia cobra en los aspectos de información al paciente el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*⁶ (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Conocido también como el Convenio de Oviedo, por ser la ciudad donde se firmó por 21 países, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. En el Capítulo II referido al Consentimiento dice en su Artículo 5 (Regla general): “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”. En el Capítulo III referente a la Vida privada y derecho a la información dice en su Artículo 10: “1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud. 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada”.

- Según el artículo 10 del *Código de Ética y Deontología Médica*⁷ publicado en el año 2000: “los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Respetará la decisión del paciente de no ser informado y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin”.

- Y según la *Ley 41/2002 de 14 de Noviembre*,

básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el paciente tiene el derecho a recibir una información adecuada a su proceso (o a no recibirla si es que prefiere no conocerlo), el titular del derecho a la información es el paciente y las personas vinculadas a él lo serán en la medida en que éste lo permita.

- En el Capítulo I, referido a los principios generales de la Ley, se dice en el Artículo 2 sobre principios básicos: “2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados por la Ley”.
- En el Capítulo II referido al derecho a la información sanitaria, se dice en el Artículo 4 sobre el derecho a la información asistencial: “Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre su salud. Además toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada... La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”.
- En el Artículo 5 del mismo Capítulo, al hablar del titular del derecho a la información dice que el titular de este derecho es el paciente. “También serán informadas todas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”. Asimismo continúa: “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.
- Especial relevancia en la materia que nos ocupa tiene el Artículo 11 sobre instrucciones previas donde se dice: “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad,

6 Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251. Miércoles 20 octubre 1999.

7 Código de Ética y Deontología Médica (OMC). Comisión Central de Ética y Deontología.

capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud...Las instrucciones previas podrán revocarse libremente dejando constancia por escrito”.

- Este derecho a la información ha sido también objeto de regulación en diferentes leyes y normas autonómicas. Así, en nuestra comunidad autónoma, la reciente *Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha* (2010/11360), publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de fecha 9 de julio de 2010 ratifica de forma casi textual lo expuesto en la Ley anteriormente mencionada. Así, en el Capítulo II sobre derechos relativos a la información sanitaria dice en su Artículo 9: “1. Toda persona tiene derecho a recibir la información disponible sobre su proceso y sobre la atención sanitaria recibida. 2. La información debe formar parte de todas las actitudes asistenciales, permitiendo comprender la finalidad y la naturaleza de cada intervención, así como sus riesgos y consecuencias. 3. Deberá respetarse la voluntad del paciente de no ser informado...4. La información, como regla general, se proporcionará al paciente verbalmente, dejando constancia escrita en la historia clínica. Esta información deberá darse de forma comprensible, adaptada a la capacidad de cada persona, de manera continuada...5. Corresponde al profesional sanitario responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información...”

4. LA INFORMACIÓN EN MEDICINA PALIATIVA

4.1 Aspectos generales

El aspecto de la información adquiere matices relevantes cuando nos acercamos a pacientes en seguimiento por Unidades de Medicina Paliativa, y especialmente aquéllas que se ocupan de pacientes oncológicos con los que en la mayoría de las ocasiones han fracasado ya las medidas terapéuticas curativas y se plantea como objetivo el control sintomático adecuado en las últimas fases de la vida. Si, como ya hemos comentado antes, ya es difícil informar en enfermedades de gravedad escasa, cuando nos en-

contramos con pacientes con una enfermedad oncológica terminal se nos plantean dificultades y miedos adicionales que a veces nos incitan a los profesionales a escapar, huir de ese deber de información.

Para Marcos Gómez Sancho hablar de temas de información al paciente es relativamente sencillo cuando éste puede beneficiarse todavía de un tratamiento curativo, dado que una buena información permite al enfermo colaborar más y mejor en los tratamientos y luchar con más fuerza contra la enfermedad. Las cosas cambian mucho cuando no se le puede ofrecer un tratamiento con intención curativa. “Cuando una persona es alcanzada por una enfermedad para la cual no disponemos de un tratamiento eficaz y podemos suponer que va a terminar con la vida de la persona, se crea en la relación médico-enfermo una situación muy comprometida y, con frecuencia muy difícil de gestionar...Anunciar a un enfermo un éxito quirúrgico o la curación de la enfermedad, siempre es agradable para el profesional, pero anunciar un fracaso, una recidiva o una progresión irreversible, siempre es difícil y desagradable”⁸.

Reconocer nuestro fracaso como médicos en esa situación de enfermedades avanzadas incurables puede ser complicado y puede transformarse en una actitud de evitación a la hora de informar al paciente o a su familia. Pero no podemos por ello olvidar que el enfermo en esa situación también tiene derecho a ser informado. Si por alguno de estos motivos el médico opta por no decir la verdad, su relación futura con el paciente se acabará deteriorando: el médico se encontrará mal, porque sabrá que no está siendo sincero y le costará tener que mentir un día y otro y el enfermo, por su parte, se encontrará cada vez más aislado.

Gómez Batiste señala la necesidad de hablar de la información dentro de un concepto más amplio que denomina “comunicación” y que define como un proceso cambiante, con avances y retrocesos, multidireccionalidad, adaptación, reacciones, impactos, significados y matices, mecanismos verbales y no verbales, con la participación de muchas personas, y en el que “decir o no decir” sería uno de los aspectos, y no siempre el más relevante⁹.

8 GÓMEZ SANCHO, M. *Cómo dar las malas noticias en Medicina*. Madrid, ARÁN Ediciones SA, 1998.

9 GÓMEZ-BATISTE, X., PLANAS, J., ROCA, C. y VILADIU, P., “Información y Comunicación”. En: *Cuidados Paliativos en Oncología*, Barcelona, Editorial Jims, 1996, pp. 287-298.

En una revisión sistemática realizada por Parker et al.¹⁰ y que incluye 123 estudios sobre aspectos en relación con la comunicación al final de la vida, se concluye que los pacientes, en general, desean ser informados de la naturaleza, causa y gravedad de su enfermedad y del tratamiento, de los resultados y efectos de las pruebas diagnósticas, la evolución de la dolencia e incluso del inicio de conocimiento de su estado terminal. Igualmente Innes y Paine¹¹, en una revisión de 13 estudios publicados en relación con los deseos y necesidades de información de los pacientes con cáncer avanzado, concluyen que todos los enfermos querían que los profesionales fueran honestos, y la mayoría esperaban indicaciones generales acerca de su pronóstico. Las preferencias en cuanto a la cantidad de información eran más variables.

Los profesionales tienen así la responsabilidad de proporcionar información a los pacientes, pero también de respetar la necesidad de mantener cierta ambigüedad acerca del futuro, en aquellos pacientes que así lo desean. En conversaciones cotidianas, cuando salen estos temas en situaciones de no enfermedad es frecuente que todos opinemos y nuestras respuestas son variables. Algunas personas expresan con claridad “a mí me gustaría saber todo”, mientras otros dicen con rotundidad “yo preferiría no enterarme” o “que se lo digan a mi esposa o a mis hijos, pero a mí que no me digan nada”.

En situación de enfermedad los pacientes pueden adoptar posturas similares, pero no podemos olvidar que cada enfermedad es diferente y que el paciente con cáncer avanzado sufre un proceso de deterioro progresivo que en muchas ocasiones dura mucho tiempo, lo que seguro que le hace preguntarse en muchas ocasiones qué le está pasando; el no tener una respuesta les hará encontrarse cada vez peor y al no poder comunicar sus miedos y preocupaciones, cada vez se sentirán más solos y aislados. No podemos olvidar que a veces los enfermos saben más de lo que dicen saber, sólo que prefieren no hablar de ello y algunos transforman su sufrimiento en una situación de negación de su propia enfermedad. Según

palabras de Gómez Sancho¹², nosotros podemos y debemos tener confianza en la capacidad de respuesta de nuestros enfermos frente a estas situaciones, si, respondiendo honestamente a sus preguntas, les sabemos transmitir la seguridad de que nunca serán abandonados, si no les decimos “no se puede hacer nada por usted”, lo que arrojaría a los enfermos en un abismo de desesperanza.

Al acercarnos a estos pacientes empiezan a entrar en nuestro vocabulario conceptos como el miedo a la muerte, al dolor, a la progresiva degradación del cuerpo y otros como la negación de la enfermedad, la “verdad soportable”, el paternalismo, la “protección informativa” que impone la familia en algunos enfermos, la “conspiración del silencio”, etc. Y aquí encontramos todo tipo de respuestas: muchos médicos huyen de informar al paciente de su diagnóstico cuando el pronóstico es malo y prefieren que sean los oncólogos o los médicos de las Unidades de Medicina Paliativa quienes valoren qué tipo de información se debe aportar. Otros muchos evitan por todos los medios utilizar el término cáncer y lo sustituyen por el de quiste, lesión, pólipo, mancha (...). Otros optan por informar sólo a la familia y que sea ésta la que decida qué trasladar al enfermo de lo que el médico les ha comunicado. Son pocos los profesionales que en estas situaciones abandonan actitudes paternalistas y se sientan al lado del paciente para comunicar en términos sencillos y comprensibles un diagnóstico negativo, tratando eso sí de aportar siempre un actitud positiva en esa información, en lo que se refiere a todo lo que el equipo sanitario puede aportar a partir de ese momento para que los síntomas que se van a presentar sean bien controlados y que el paciente se sienta siempre acompañado, atendido y comprendido en toda la evolución de su enfermedad. Se considera que el empleo adecuado de la información y comunicación es, junto al control de síntomas y la adaptación de la organización, uno de los tres pilares de los cuidados paliativos.

4.2. La “conspiración del silencio”

Con esta expresión nos referimos al acuerdo implícito o explícito por parte de familiares, amigos y/o profesionales, de alterar la información que se le da al paciente, con el fin de ocultarle el diagnóstico y/o pronóstico y/o gravedad de la situación¹³. En nuestro

10 PARKER SM, CLAYTON JM, HANCOCK K, WALTER S, BUTTOW PN, CARRICK S, et al. “A systematic review of prognostic/end-of-life communication with adults in the advanced stages of a life-limiting illness: patient/caregiver preferences for the content, style, and timing of information”, en *Journal of Pain and Symptom Management*, 2007, 34(1), pp. 81-93.

11 INNES S, PAYNE S. “Advanced cancer patient’s prognostic information preferences: a review”, *Palliat Med.* 2009, 23(1), pp. 29-39.

12 GÓMEZ SANCHO, M. *Cómo dar las malas noticias en Medicina*, cit.

13 ARRANZ P., BARBERO, J., BARRETO, P., BAYES,

contexto cultural, esta situación se permite y hasta se favorece con algunas actitudes, ya que mucha gente cree que es mejor mentir al paciente con el fin de ayudarle en su proceso¹⁴. Sin querer, se crea una barrera en la comunicación, y aparecen problemas emocionales en el paciente, como sentimientos de soledad, aislamiento, incomunicación y la sensación de no ser comprendido. Además esta situación se contradice con la relación de confianza que debe existir entre el médico y el paciente. Otra consecuencia que se deriva de esta actitud es que se priva al paciente de la posibilidad de “cerrar” asuntos importantes que él podría querer resolver.

Con frecuencia paciente y familia están “desfasados” por tener distinto grado de información, ya que el paciente tiene una visión más optimista, dado que su información no es completa, y la familia, que conoce la situación real, se comporta como si su grado de conocimiento fuera el mismo que el del paciente, con la finalidad de cumplir con sus obligaciones hacia él, cuidándole y ofreciéndole las atenciones necesarias, disimulando en ocasiones ante él y reprimiendo sus propios sentimientos.

Para Gómez Sancho¹⁵, al paciente y a la familia se les ayuda compartiendo la verdad, no evitándola. A veces, con buena intención y sin darse cuenta, la familia y el paciente deciden protegerse unos a otros; de esta forma el enfermo se preocupa de los familiares y éstos por aquél, convencidos cada uno de que el asunto es demasiado grave como para que el otro lo soporte. Así, en los últimos días de la vida de una persona se crea una farsa, donde los familiares saben, el enfermo sabe, los familiares saben que el enfermo sabe y el enfermo sabe que los familiares saben, produciéndose entre todos una conspiración de silencio que priva a todos de un intercambio afectivo y emocional.

La verdad da soporte a la esperanza, mientras que el engaño es la base del aislamiento y la desesperanza. Por todo ello es importante evitar la conspiración del silencio antes de que sea un problema y apoyar a la familia en su proceso de adaptación, favoreciendo un diálogo sincero y empático que permita la expresión de emociones y donde la familia se sienta en-

tendida y escuchada. Está claro que la comunicación puede ser difícil y dolorosa, pero la incomunicación puede serlo mucho más.

4.3 La “verdad soportable”

El concepto “verdad soportable” implica decir la verdad en cada momento, según las disposiciones del paciente y el grado de soportabilidad para recibirla. Requiere individualizar la información, que debe dar la persona más cualificada, puesto que el paciente al recibir un grado de información puede que requiera más y más¹⁶.

Para González Barón¹⁷, la regla de oro del largo proceso de informar, muchas veces es el silencio, la disponibilidad y esperar a que el paciente pregunte. Hace falta paciencia, deseos de informar y espacio digno. La información tiene que darse a pequeñas dosis. En muchas ocasiones pasarán varias consultas y entrevistas en las que el paciente no pregunte. Pero siempre hay que mostrar accesibilidad suficiente para que la persona pueda comunicar cualquier duda que pueda surgir sobre el proceso. No se trata de engañar, sino de buscar los mejores momentos, de valorar el grado de soportabilidad.

4.4 Fases que atraviesa el paciente después de ser informado

En este punto, haremos mención al trabajo de la doctora Kübler Ross, quien describía en 1975, de la siguiente forma, las fases que atraviesa el paciente después de ser informado, considerando que el recorrido de estas fases no siempre es lineal, sino que existen avances y retrocesos, pueden saltar alguna de ellas o superponerse varias, demostrando que la persona al final de su vida mantiene sus emociones como cuando nos enfrentamos a crisis y conflictos¹⁸:

- Primera fase: negación. Es la reacción más

R. “Protocolos de intervención centrados en la familia”, en *Intervención emocional en Cuidados Paliativos*, Barcelona, Editorial Ariel, 2003, pp. 91-103.

14 GÓMEZ SANCHO, M. *Cómo dar las malas noticias en Medicina*, cit.

15 *Ibid.*

16 ESPINOSA E, GONZÁLEZ BARÓN M, POVEDA J, DE LA GÁNDARA I. “La verdad soportable como eje de la información al paciente con cáncer”, *Ann Med Int*, 1993, 10, pp.147-49.

17 GONZÁLEZ BARÓN M, ESPINOSA E, DE LA GÁNDARA I, POVEDA J. “La información al paciente con cáncer. Concepto de verdad soportable y progresiva”, *Neoplasia*, 1993, 10, pp. 7-8.

18 KÜBLER-ROSS E., *Sobre la muerte y los moribundos*, Grijalbo, 1993.

frecuente al oír un diagnóstico desfavorable: “no puede ser, se han equivocado”. En ocasiones puede ser absoluta y durar mucho tiempo, pero la mayoría de las veces simplemente el paciente duda de que el diagnóstico sea cierto. En este momento, negación e incredulidad se confunden. Esta reacción angustiosa se produce cuando el paciente ha sido informado de forma brusca, sin tener en cuenta su disposición y atendiendo a imperativos legales. A nivel intelectual, el paciente puede aceptar su final, pero lo niega en el plano emocional. Esta situación debe ser respetada hasta que el paciente pueda afrontarla.

- Segunda fase: ira. Los sentimientos que afloran son de ira, rabia, envidia y resentimiento: “¿por qué a mí?”. En esta fase hay expresiones de ira hacia el médico, las enfermeras, los familiares e incluso hacia uno mismo. En esencia, lo que el enfermo pretende con esa actitud es llamar la atención para no ser olvidado.
- Tercera fase: pacto. Es probablemente la menos conocida de todas, ya que el paciente no suele verbalizar los pactos que realiza, que suelen ser con Dios, guardando el secreto, pero diciendo “algo” de manera implícita. Lo que suele pedir es la curación o la prolongación de la vida, estableciendo metas a corto o medio plazo, para volver a pactar cuando llega la fecha. Detrás de estas promesas se esconden a veces sentimientos de culpa, que debemos reconocer para ayudar al paciente a liberarse de ellos.
- Cuarta fase: depresión. En este punto, la ira y la rabia son sustituidas por una sensación importante de pérdida; el paciente de alguna manera se aísla, se incomunica, apareciendo apatía, soledad y desconfianza.
- Quinta fase: aceptación. El paciente arregla sus asuntos, sigue las instrucciones del personal sanitario, se despidе de los suyos haciendo balance de su vida. Son muchas las cosas que un enfermo en estas circunstancias enseña a los que le acompañan en su recorrido, porque aceptar el propio fin es siempre muy doloroso.

5. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Los pacientes que llegan a la consulta de Medicina Paliativa, derivados desde otros Servicios, poseen

diferentes grados de información sobre su enfermedad oncológica, que en ocasiones es completa, pero muchas veces es incompleta o incluso nula; bien porque no se les ha informado, porque no desean recibir información, porque la familia no quiere que esta información les sea transmitida o porque hay una negación. La palabra cáncer o sus equivalentes no se pronuncian con asiduidad cuando el enfermo está presente. Para Centeno y Núñez-Olarte: “no está escrito, no se dice, pero parece existir un acuerdo tácito de no hablar de cáncer en nuestra sociedad, incluso en el ámbito sanitario”¹⁹.

En la revisión que realizan Centeno y Núñez-Olarte de los trabajos llevados a cabo en nuestro país en relación con la comunicación del diagnóstico de cáncer²⁰, concluyen: 1) Que en nuestro medio se descubre el diagnóstico a un 25-50% de los enfermos de cáncer, de los que un 40-70% sospechaban o incluso tenían una certeza subjetiva de la malignidad del proceso; 2) Que el 16-58% de los pacientes no querían tener información sobre la verdadera naturaleza de su enfermedad; 3) Que las familias están con frecuencia contra la revelación de la verdad (61-73%) y 4) Que en nuestro medio, la actitud generalizada de médicos y enfermeras sobre el descubrimiento del diagnóstico de cáncer es de prudencia, casi de reserva y de ambigüedad calculada. En su exposición concluían con la idea de que los estudios parecían sin embargo indicar un progresivo cambio de actitudes hacia una mayor demanda de información, sobre todo en pacientes más jóvenes.

En el trabajo de Centeno y Núñez-Olarte²¹, el 64% de los enfermos no informados aseguraba no necesitar información adicional sobre la naturaleza de su enfermedad. En el estudio de Morante et al²², este porcentaje se situaba en el 77%. El estudio de Pérez Manga et al²³ estimaba globalmente que el porcentaje

19 CENTENO CORTÉS C, NÚÑEZ OLARTE JM. “Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España”, *Med Clin (Barc)* 1998, 110, pp. 744-750.

20 *Ibid.*

21 CENTENO CORTÉS C, NÚÑEZ OLARTE JM. “Questioning diagnosis disclosure in terminal cancer patients: a prospective study evaluating patients’ responses”, *Palliat Med.* 1994, 8, pp. 39-44.

22 MORANTE E, MATEO D, TUCA A. Estado y necesidades informativas de los enfermos ingresados en una unidad de cuidados paliativos [resumen del I Congreso de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos. Barcelona, 6-9 de diciembre de 1995]. *Medicina Paliativa* 1995; 2:58.

23 PÉREZ MANGA G, ARRANZ JA, GARCÍA R, MEANA JA, CARRIÓN G, TORÁN A., en DÍAZ-RUBIO E, DUQUE A et al, editores, *Aspectos psicosociales de los enfer-*

de enfermos de cáncer de nuestro entorno que no desea información era del 16%. Para Poveda²⁴, el 23% de los enfermos terminales encuestados no mostraban en absoluto deseos de información sobre la naturaleza de su enfermedad. Estos datos sugerirían que un importante número de los enfermos españoles que no recibían información, realmente no la deseaban. Los trabajos consideraban además que es importante conocer los motivos a los que se puede atribuir la falta de información en este contexto, sospechando, por aspectos culturales, que en una gran mayoría de casos se relacionarían con la protección informativa por parte de la familia²⁵.

Con lo dicho hasta aquí, queda reflejada la importancia que en estos últimos años ha adquirido el tema de la información al paciente oncológico terminal, objeto de importantes y variadas publicaciones en revistas y capítulos de libros. Por ello nos hemos planteado que podría ser interesante conocer cuál es la realidad de la información en nuestro medio, y en concreto en una consulta de Medicina Paliativa: ¿qué saben nuestros pacientes sobre su enfermedad?, ¿conocen su diagnóstico con certeza?, ¿saben algo sobre su pronóstico?, ¿cuál es la actitud de la familia en relación con la información a sus parientes enfermos?, ¿a qué se debe que muchos de los pacientes no tengan un conocimiento completo?

Conocer la realidad sobre la información de nuestros pacientes nos puede ayudar a reflexionar sobre el tema y nos aportará datos sobre los que podemos incidir para mejorar aspectos que aparezcan deficitarios. Por ejemplo, si observáramos un predominio de protección informativa por parte de los familiares, se podría plantear (como ya se hace en algunos casos) una primera visita con el cuidador para que pudiera expresar sus miedos en este sentido, explicarle los objetivos de la Unidad y nuestro deseo de que sea el paciente el que vaya decidiendo cuánta información desea y cómo quiere que se le administre. Debemos insistir en que la información en general, y especialmente en el tema que nos ocupa, no es un acto puntual, sino un proceso que debe adaptarse individual-

mente a las circunstancias y deseos de cada paciente a lo largo de su evolución. La adecuada información del paciente permitirá abordar de forma más abierta y cercana los aspectos relativos al final de su vida que puedan preocuparle.

6. ÁMBITO DEL ESTUDIO

En el Complejo Hospitalario y Universitario de Albacete funciona desde el año 1999 la Unidad de Medicina Paliativa que se ocupa de la atención y tratamiento de los pacientes mayores de 14 años con patología oncológica avanzada, donde han fracasado las opciones terapéuticas curativas. Consta de tres Unidades funcionales:

1.- Una planta de hospitalización que dispone de diez camas (6 en habitación individual y 4 en habitación doble), ubicada en la tercera planta del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro

2.- Una consulta externa también ubicada en dicho hospital, para atención ambulatoria a los pacientes que aún estén en disposición de desplazarse

3.- Dos equipos de atención domiciliaria, compuestos cada uno de ellos por un médico/a y un enfermero/a concebidos uno de ellos para visitas domiciliarias en la ciudad de Albacete y el otro para las visitas a los pacientes de los pueblos de la provincia.

La Unidad cuenta también con un psicólogo/a para la atención de los pacientes y familiares y un apoyo espiritual por medio de un sacerdote, para las personas que así lo soliciten.

Los pacientes que se atienden en la consulta externa vienen derivados desde diferentes servicios del hospital, siendo Oncología el que más enfermos remite. Algunos vienen remitidos directamente desde su médico de familia.

En la primera atención en la consulta externa de la Unidad de Medicina Paliativa, al realizar la historia clínica se incluye un apartado donde se recogen los datos relativos a la información y el grado de conocimiento que el paciente tiene acerca de su enfermedad. Esto se explora mediante diferentes preguntas: ¿qué le han explicado sobre su enfermedad?, ¿sabe por qué le mandan a nuestra consulta?, ¿hay algo que no tenga claro y que quiera preguntar? De esta forma, esta primera visita nos permite un acercamiento inicial al grado de conocimiento que el paciente tie-

mos oncológicos. tratamiento sintomático del paciente canceroso, Madrid, PUBLISALUD SA, 1991, pp. 199-222.

24 POVEDA J. *Valor terapéutico de la información al paciente oncológico terminal como terapia de apoyo y su cuantificación* [tesis no publicada]. Madrid: Universidad Autónoma, 1990.

25 SENRA VARELA A, LÓPEZ A, LÓPEZ JJB, QUINTELA D. "La opinión de los parientes de enfermos con cáncer sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer" *Neoplasia*, 1995, 12, pp. 19-22.

ne sobre su propia enfermedad y nos desvela cuáles son las carencias informativas, así como las necesidades que cada enfermo reclama. En muchos casos, la familia habla primero con los profesionales de la Unidad para insistir en que el paciente no sabe nada y que no quieren que sea informado. Será en esta primera visita y en las sucesivas donde este aspecto de la información se irá modificando y ampliando en la medida en que el paciente y la familia lo reclamen.

7. RECOGIDA DE DATOS Y CONFIDENCIALIDAD DE LOS MISMOS. CONSIDERACIONES ÉTICAS Y LEGALES

Revisamos las historias correspondientes a los pacientes que un día elegido al azar, estuvieran en el programa de Consulta Externa de la Unidad de Medicina Paliativa del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro. Como ya hemos comentado, la información que se pretendía recoger se obtiene habitualmente de forma protocolizada en la primera visita en consulta de estos pacientes. Para salvaguardar el derecho a la intimidad del paciente, según la normativa actual que más adelante detallaremos, cada ficha llevaba asignado un código numérico y no contenía ningún dato que pudiera identificar al paciente. El proceso de disociación de datos clínicos y de identificación había sido realizado por los médicos de la Unidad de Medicina Paliativa.

No se realiza ninguna intervención nueva sobre el paciente, ya que únicamente se obtienen datos que figuran en su historia clínica, porque se recogen en la consulta de manera rutinaria.

El grado de información acerca de su enfermedad se recoge según la escala planteada por Ellershaw et al.²⁶ en cinco niveles:

0. Ningún conocimiento: el paciente desconoce el diagnóstico de su enfermedad (o su familia nos comenta que no le han dicho nada).

1. Conocimiento dudoso: incluimos aquí a los pacientes a los que se les ha informado sobre su enfermedad, pero no utilizando la palabra cáncer, sino términos como “quiste, mancha, tumor, nódulo...”

2. Conoce el diagnóstico de cáncer: se les ha informado y conocen que padecen un cáncer, pero no saben la implicación que supone para su vida y el pronóstico. Todavía piensan en la posibilidad de curarse de esta enfermedad.

3. Conoce el diagnóstico y piensa en la posibilidad de morir: además de conocer que tienen cáncer se plantean ya la posibilidad de que sea ésta la enfermedad que les llevará a la muerte.

4. Conocimiento total (diagnóstico y pronóstico): el enfermo es plenamente consciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico de la misma.

Para el análisis estadístico esta variable principal se agrupará en dos categorías. 1. No conoce: categorías 0 y 1; 2. Conoce: categorías 2, 3 y 4.

Recogimos también 6 posibilidades, no excluyentes, a las que atribuir la falta de conocimiento completo:

0. Al paciente no le han informado sobre su diagnóstico o pronóstico

1. El paciente no pregunta

2. El paciente admite que no quiere saber más y/o delega en la familia su derecho a la información

3. Se aprecia una “protección informativa” por parte de la familia, que insiste en que no se le aporte al paciente directamente la información sobre su proceso

4. Se aprecia una actitud de “negación de la enfermedad” por parte del paciente, con expresiones como “esto no es nada”, “cuando me cure voy a hacer...”, etc.

5. No se recoge ese dato

La hoja de recogida de datos no forma parte de la historia clínica, y se archiva en lugar seguro, al que sólo los miembros del equipo de investigación tienen acceso. En esta hoja, los datos de filiación del paciente están codificados, de forma que no aparezcan en la misma. Con los datos obtenidos se ha construido una base de datos en la que no figura ningún dato identificativo del paciente.

No se solicita consentimiento informado a los

26 ELLERSHAW JE, PEAT SJ, BOYS LC., “Assessing the effectiveness of a palliative care team”, en *Palliative Medicine* 1995, 9, pp. 145-152.

pacientes incluidos en el estudio por dos motivos: el primero es que no se va a hacer ningún procedimiento distinto de la práctica habitual (el grado de información se recoge de forma rutinaria en todas las primeras visitas) que pueda suponer una intervención extraordinaria ni inconveniente para el paciente o la familia. El segundo motivo es que, dado que estudios anteriores estiman que hasta sólo un 30% de los pacientes derivados a Unidades de Cuidados Paliativos están informados del diagnóstico de cáncer no curable (Morante *et al*²⁷), consideramos que pedir al paciente la colaboración para un estudio de estas características es poco aconsejable e incluso perjudicial si queremos salvaguardar la autonomía del paciente con derecho a “no saber”.

Dado que el investigador principal revisa únicamente la ficha de recogida de datos donde no figura ningún dato identificativo del paciente, se asegura el correcto cumplimiento de la legislación actual en lo que se refiere al acceso a la historia clínica con fines docentes y de investigación.

8. ANÁLISIS DEL GRADO DE INFORMACIÓN DE LOS PACIENTES

El número de pacientes incluidos en el estudio fue 168. En cuanto al grado de información de los mismos según los cinco grupos que hemos descrito, encontramos: un 16% no tenían ningún conocimiento de su enfermedad, un 18% tenían un conocimiento que calificamos como “dudoso”; el 35% conocían el diagnóstico de cáncer; el 17%, además de conocer el diagnóstico pensaban también que esta enfermedad podría llevarles a la muerte. En un 14% de los casos, el conocimiento era total, tanto en lo referente al diagnóstico como al pronóstico y situación de no curación.

Si englobamos los dos primeros grupos en uno único más grande que denominaremos “no conoce”, refiriéndonos a que o no sabe nada de su diagnóstico, o que le han dicho que tiene un nódulo, una inflamación, una mancha, un bulto, una sombra... y los tres últimos en el grupo “conoce” (es decir, saben que tienen un cáncer, pero tienen diferente grado de información en lo que se refiere a su pronóstico y al por qué se les ha enviado a una consulta de Medicina Paliativa) podemos decir que en nuestro estudio un

34% de los pacientes no conocían su diagnóstico de cáncer y un 66% sí. Este porcentaje se sitúa en el rango de los estudios publicados con anterioridad y que en la revisión de Centeno y Núñez-Olarte²⁸ cifran entre un 40 y un 70%.

Resulta difícil en este sentido realizar comparaciones claras con lo descrito hasta ahora en la literatura, puesto que si bien la escala que hemos utilizado es la publicada en el trabajo de Ellershaw²⁹ e incluye los matices detallados ya en este trabajo, no es una escala que haya sido sin embargo muy utilizada en la literatura. Esta escala tiene sus limitaciones y es a veces difícil de aplicar, como no puede ser de otra manera al hablar de informaciones tan difíciles de obtener y de plasmar de forma objetiva en categorías diferenciadas. La frontera entre las categorías 2 y 3 (conoce diagnóstico de cáncer-conoce diagnóstico y piensa en la posibilidad de morir) no está clara en muchos casos y el decantarse a situarlo en una u otra depende mucho de la impresión subjetiva del observador a lo largo de la entrevista clínica con el paciente y la familia.

Cuando analizamos a qué se puede atribuir que los pacientes de los grupos 0, 1 y 2 no tengan un conocimiento completo de su enfermedad (diagnóstico y pronóstico) encontramos que de los 116 enfermos que no tienen un conocimiento completo, al 14% no se les había informado, el 24% no sabían más porque no habían preguntado; el 17% no querían saber más y delegaban la información a su familia; en un 21,6% de los casos era la familia la que ejercía una “protección informativa” que impedía que el paciente tuviera conocimiento completo; en un 6% de los casos pudimos comprobar la existencia de una negación por parte del paciente que no admitía su propia enfermedad. Finalmente, hasta en un total de 20 enfermos (17%) no se recogió en la ficha la causa de esta información incompleta.

La causa más frecuente que encontramos de este conocimiento incompleto fue que el paciente no había preguntado más, sin que el paciente haya dado más datos sobre el por qué no lo hace. ¿Es que tiene ya toda la información que necesita? ¿O quiere saber más pero no lo dice por miedo a que le digan algo malo? ¿Lo que ha visto y oído en todo ese tiempo

28 CENTENO CORTÉS C, NÚÑEZ OLARTE JM. *Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España*, cit., pp. 744-750.

29 ELLERSHAW JE, PEAT SJ, BOYS LC. “Assessing the effectiveness of a palliative care team”, *Palliative Medicine*, cit.

27 MORANTE E, MATEO D, TUCA A. *Estado y necesidades informativas de los enfermos ingresados en una unidad de cuidados paliativos*, cit.

de enfermedad, las señales de su propio cuerpo, la actitud de su familia hacia él le muestran ya con suficiente claridad cómo está la situación?

En segundo lugar encontramos un porcentaje de casos donde la limitación a la información viene dada por la protección de la familia hacia el paciente que intenta evitar el sufrimiento que le podría suponer conocer la verdad. Sigue siendo muy frecuente que la familia hable antes con el médico para pedirle que no le diga nada al paciente. Pero, ¿debe acceder el médico a esa petición de la familia?, ¿es esto ético?, ¿tiene los familiares realmente derecho a limitar de esta forma el conocimiento de la enfermedad, con las implicaciones que esto puede tener a la larga en el desarrollo de la misma?

Muchos familiares piensan que esa limitación de información es una manera de “proteger” al paciente, pero en muchos casos lo único que se consigue es que el paciente, que ve cómo se va deteriorando, no pueda comunicar sus miedos y preocupaciones, y que no pueda organizar los últimos días de su vida y se sienta a la larga más aislado. Es lo que hemos llamado antes la “conspiración del silencio”.

En nuestra opinión, cuando nos encontramos con este tipo de situaciones es fundamental el esfuerzo del equipo por hacer comprender a la familia este razonamiento y, en la mayoría de las ocasiones se logra un cambio de actitud.

Creemos que este grupo de enfermos con protección debe contemplarse separadamente del 17% de pacientes que manifestaron no querer saber más y delegaron conscientemente la información en su familia. Es muy diferente que sea el paciente quien libremente tome esa decisión por la razón que sea, que el hecho de que sean los propios familiares los que decidan lo que el enfermo en plena posesión de sus facultades pueda conocer sobre su enfermedad.

Un 14 % de los pacientes dicen no saber más porque “no les han informado” y pensamos que es un porcentaje muy elevado. Todavía es práctica habitual por algunos profesionales “delegar” la información del proceso en los médicos del equipo de Medicina Paliativa, lo que hace que un número considerable de enfermos lleguen a la consulta sin que nadie les haya dicho aún lo que tienen. Como ya hemos comentado, en la legislación actual queda constancia de que “corresponde al profesional sanitario responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información”. Por ello, no debería admitirse en gene-

ral que un paciente fuera dado de alta de un Servicio sin haber recibido una información adecuada de su proceso, con todos los matices que cada caso concreto pueda requerir.

Por último, encontramos un 6% de pacientes en los que se apreciaba una “negación” de su enfermedad. Aunque la familia nos aseguraba que habían sido informados del diagnóstico en más de una ocasión, ellos decían no saber nada. Pensamos que en estos enfermos hay que cuidar de una forma especial el aspecto de la información, intentar descubrir cuáles pueden ser las razones que les han llevado a esa actitud y ofrecer una ayuda psicológica en los casos en que sea más necesario.

En nuestra opinión debe analizarse de forma separada la situación de algunos enfermos que en su discurso emiten sentencias como “cuando me cure pienso hacer...”, “en cuanto vaya a casa voy a hacer un viaje...”; no creemos que se trate propiamente de una situación de negación, aunque a veces podríamos relacionarlo con una falta “más o menos consciente” de realismo en relación con su enfermedad. Probablemente para muchos pacientes es una forma de mantener vivas ciertas esperanzas y planes de futuro que también debemos aprender a respetar y comprender.

De los 116 pacientes sin conocimiento completo, sólo 14 preguntaron sobre su diagnóstico o pronóstico y 15 fueron informados en su primera visita en consulta externa, número que puede parecer excesivamente reducido. Se trataba de enfermos sin conocimiento completo sobre su enfermedad y su pronóstico, que solicitaron información directamente.

Podríamos preguntarnos: ¿por qué tantos pacientes prefieren continuar “sabiendo lo que saben” y no preguntan más? Las respuestas a esta pregunta pueden estar en el hecho de que los datos recogidos son de primera consulta, cuando el paciente aún no conoce al médico, puede estar asustado por el hecho de ir a una consulta nueva, tienen miedo a “eso de paliativos” y quizá les parezca aún demasiado pronto para preguntar. Tampoco podemos descartar que el paciente no quiera preguntar por el propio miedo a escuchar precisamente aquello que de alguna forma sabe o al menos intuye, pero que le asusta oír de un médico. En este sentido, no podemos olvidar que la información es un proceso dinámico, que evoluciona conforme lo hace la enfermedad y la relación de confianza con los profesionales, por lo que lo importante es estar atentos para que una vez conozcamos más o

menos lo que el paciente sabe inicialmente podamos ir adaptándonos a sus necesidades de información.

9. DIFICULTADES PARA LA REALIZACIÓN DEL ESTUDIO

Al plantearnos la realización de este trabajo nos hemos encontrado con una primera dificultad que tuvimos que salvar. Dado que, a pesar de que no se trataba de un ensayo clínico, sino de un estudio observacional prospectivo, nuestra intención era que fuera avalado por el Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) del Hospital, el estudio debía planificarse según lo previsto en la ley en relación al acceso a la información de las historias clínicas de los pacientes con fines de investigación y epidemiológicos.

Revisando la legislación, la *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente*, que consagra el derecho a la intimidad del paciente (artículo 7) y regula la historia clínica (artículos 14 y ss.), en su artículo 16.3, relativo a los “usos de la historia clínica”, establece que: “El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la *Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal*, y en la *Ley 14/1986, General de Sanidad*, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”.

En lo que respecta a la legislación de nuestra Comunidad Autónoma, atendiendo a la *Resolución de 27/02/2009 de la Dirección Gerencia, mediante la que se aprueba la circular 1/2009 sobre uso, acceso, cesión de datos y conservación de la Historia Clínica en el ámbito del SESCOG* (2009/9002), en el punto 4.4.1. incluido en el apartado 4.4. “Cesión de datos de la historia clínica por terceras personas”, dice lo siguiente: “Cesión de datos por motivos epidemiológicos, de salud pública, investigación o docencia.

La Ley permite la cesión a la información clínico-asistencial con fines epidemiológicos, de salud pública, investigación o docencia. En estos casos no será preciso el consentimiento previo del interesado siempre que los datos de identificación personal del paciente estén debidamente disociados de aquellos que tienen carácter clínico-asistencial y la información se limitará estrictamente a los fines específicos de cada caso.”

La reciente *Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha* (2010/11360), publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de fecha 9 de julio de 2010 ratifica de forma casi textual lo expuesto en la resolución anteriormente mencionada. En el punto 5 del artículo 28 sobre usos de la historia clínica dice: “La utilización de la historia clínica con fines docentes, de investigación, epidemiológicos y de salud pública requerirá la previa disociación de los datos clínicos respecto de los de identificación personal, salvo que el paciente haya dado su consentimiento expreso por escrito para no separarlos. Este escrito del paciente se incorporará a su historia clínica”.

Así, se nos presentaban dos opciones: o bien llamábamos a todos los pacientes del estudio para solicitarles el consentimiento informado para la realización del trabajo que nos proponíamos, o bien debería realizarse una completa disociación de los datos clínicos respecto a los de identificación personal antes de revisar las historias clínicas. Pero, ¿cómo íbamos a llamar a los pacientes para preguntarles si podíamos acceder a su historia para conocer el grado de conocimiento de su enfermedad, cuando muchos de ellos no conocían siquiera su diagnóstico, bien porque habían rechazado dicha información, o porque su familia había actuado como “barrera informativa” para evitar que el enfermo se enterara de lo que tenía? ¿Cómo íbamos a solicitar que nos dejaran investigar sobre algo que ni siquiera ellos conocían? Ciertamente es que podíamos haber salvado este obstáculo mediante la redacción de un documento genérico de consentimiento informado, pero el propio fundamento y objetivo del estudio chocaba de tal forma con este procedimiento, que optamos finalmente por desestimarlo.

Así que nos quedaba únicamente la segunda posibilidad y era la de acceder a los datos de la historia clínica previa disociación de datos clínicos respecto a los de identificación. Todos los que trabajamos en el hospital conocemos la enorme dificultad que esto comporta, dado que, cada hoja de la historia, cada

analítica, cada informe radiológico o anatomopatológico están identificados con el nombre, apellidos y número de la historia clínica, lo que hace inviable el acceso a las historias manteniendo estas exigencias de disociación de datos. Nos encontrábamos entonces prácticamente en un callejón sin salida, del que sólo pudimos salir con la inestimable ayuda de los médicos de la Unidad de Medicina Paliativa, quienes colaboraron en cumplimentar nuestra ficha con los datos que ellos habían recogido en la primera visita en consulta de estos pacientes en lo referente al grado de información.

Se asignó un código numérico a cada ficha, que no permitiera relacionarlo con un paciente en concreto. El investigador principal revisaría así únicamente la ficha de recogida de datos, donde no figuraría ningún dato identificativo del paciente. Realizado así el diseño del trabajo se presentó al CEIC, obteniendo su aprobación.

A la hora de emprender un estudio de estas características uno de los aspectos de mayor dificultad es la necesidad de categorizar de alguna forma a modo de escala cuál es el grado de información. En la literatura hemos encontrado así diversas respuestas en la elaboración de los diferentes trabajos. Así, Arraras et al en su estudio³⁰ clasifican la información en: conoce diagnóstico completo, conoce diagnóstico de cáncer pero no si tiene o no metástasis, o piensa que tiene otra enfermedad. Estapé et al³¹ distinguen entre haber sido correcta o incorrectamente informados según el paciente conozca el diagnóstico de cáncer y su procedencia. Kirk et al³² elaboraron cuestionarios para indagar de forma más específica y objetiva qué es lo que el enfermo quiere conocer y han recogido en forma de encuestas de satisfacción la impresión subjetiva sobre la información recibida. Se trata de una información a veces demasiado sujeta a la valoración subjetiva por parte del profesional que realiza la entrevista en consulta externa y también probablemente está influida por el hecho de que se realiza en la primera consulta, donde tal vez el paciente se en-

cuentre algo inhibido por la falta de confianza con un profesional al que aún no conoce bien.

Como ya hemos comentado más arriba, nosotros hemos optado en nuestro trabajo por utilizar la escala sugerida por Ellershaw²⁶, que gradúa en cinco niveles la cantidad de información que el paciente tiene sobre su enfermedad y que a nuestro juicio da una idea bastante aproximada sobre este contenido de información. Aún así hemos encontrado ciertas dificultades a la hora de incluir los pacientes en uno u otro grupo, sobre todo en esos que se incluyen como conocimiento dudoso o a la hora de indagar si conocen su situación pronóstica y situarlo en los grupos 3 ó 4. En cualquier caso y con todas sus limitaciones nos parece una escala útil, porque permite categorizar de una manera bastante sencilla y demostrativa los diferentes grados de información sobre el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad y creemos que aporta una idea inicial bastante exacta sobre en qué punto nos encontramos con un paciente en concreto en materia de información. Pensamos que podría ser, si se utilizara de una forma estándar, una buena herramienta para poder luego comparar los diferentes estudios y analizar así de una forma más objetiva las diferencias y semejanzas entre las distintas poblaciones o “culturas”.

Creemos que sería importante ir revisando de forma periódica esta escala en las diferentes visitas en consulta externa para valorar cómo ha evolucionado dicho conocimiento y, sobre todo, dar en cada consulta la oportunidad al paciente a preguntar más si así lo desea, puesto que las necesidades informativas no son algo estático, sino que evolucionan a medida que lo hace la enfermedad y a medida también que el paciente encuentra un clima de confianza en la relación con su médico³⁷.

10. LA INFORMACIÓN AL PACIENTE Y A LOS FAMILIARES. ESTILO Y DIFERENCIAS CULTURALES

La información al enfermo con cáncer es un tema que en los últimos años está siendo ampliamente debatido en los diferentes foros de expertos en Oncología y en Medicina Paliativa, asumiendo los matices particulares que lleva implícitos, pero atendiendo a la tendencia general en la Medicina a una creciente demanda de información por el paciente y respetando su derecho a la misma.

En las dos últimas décadas han aparecido en la

30 ARRARAS, J.I, ILLARRAMENDI J.J, VALERDI, J.J, WRIGHT S.J. “Truth-telling to the patient in advanced cancer: family information filtering and prospects for change”, en *Psycho-Oncology*, 1995, 4, pp. 191-196.

31 ESTAPE, J., PALOMBO, H., HERNANDEZ, E., DANIELS, M., ESTAPE, T., GRAU, J.J. et al., “Cancer diagnosis disclosure in a spanish hospital”, en *Ann Oncol* 1992; 3, pp. 451-454.

32 KIRK P., KIRK I., KRISTJANSON L.J. “What do patients receiving palliative care for cancer and their families want to be told? A Canadian and Australian qualitative study”. *BMJ*, 200, . doi:10.1136/bmj.38103.423576.55.

literatura diversos trabajos que han abordado los diferentes aspectos de la comunicación del diagnóstico del cáncer, la necesidad de decir la verdad al paciente³³, la forma de comunicar³⁴, la diferencia según países y culturas³⁵, las diferencias entre la necesidad de información de los pacientes y la de sus familiares³⁶, etc. En nuestro país, de igual forma, se han publicado estudios sobre estos temas³⁷ e incluso se han elaborado algunos documentos de consenso³⁸ y guías de práctica clínica³⁹, lo que refleja el creciente interés

que han cobrado los temas relativos a la información.

En 2007, Parker et al⁴⁰ publican una revisión sistemática que abarca 123 estudios realizados en diferentes países -y que incluye el trabajo realizado por Centeno y Núñez-Olarte en España⁴¹- sobre la comunicación a adultos en estadios avanzados de enfermedades que amenazaban su vida, y concluyen que en casi todas ellos los pacientes y los cuidadores manifiestan altos niveles de necesidad de información en todos los estadios de la enfermedad, en lo que se refiere a la enfermedad en sí misma, a los posibles síntomas futuros y su tratamiento y a expectativa de vida. Y similares conclusiones se obtuvieron en el trabajo de Kirk et al.³⁸ realizado en Canadá y Australia. En esta revisión de Parker se aprecian, como hemos obtenido en nuestro trabajo, otros factores relacionados con una menor demanda de información, como son la edad avanzada y una corta expectativa de supervivencia. Se subraya que no es posible generalizar acerca de las necesidades de información basándose en las características demográficas o culturales. Se detecta también que, en general, las necesidades de información son menores en los pacientes a medida que avanza la enfermedad, mientras que entre los cuidadores crece la demanda. Y se recomienda a los profesionales sanitarios evaluar las necesidades de información de manera individualizada y de forma continua a lo largo del tiempo. En lo referente al estilo de comunicación, los pacientes y familiares destacan que la información debe ser sincera, sensible y con margen de esperanza y que desean sentirse escuchados por profesionales que muestren empatía, utilicen un lenguaje claro y suministren la información en pequeñas cantidades.

Jaime Sanz⁴², en el Editorial publicado en Medicina Clínica en 1995 con el título de "Comunicación e Información" plantea las siguientes preguntas: ¿deben los pacientes ser informados?, ¿por qué?, ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿por quién?, ¿dónde?, ¿con qué finalidad? Su reflexión es que las respuestas nunca son las mismas y que varían según la personalidad

33 SURBONE A. "Truth Telling to the Patient". *JAMA*. 1992; 268, pp. 1661-1662. PELLEGRINO E. Is Truth Telling to the Patient a Cultural Artifact?. 1992; 268, pp. 1734-1735. RYAN M. "Ethics and the patient with cancer". *BMJ*. 1979; 2, pp. 480-481. HANCOCK K, CLAYTON J, PARKER SM, WALDER S, BUTOW PN, CARRICK S, et al. "Truth telling in discussing prognosis in advanced life-limiting illnesses: a systematic review". *Palliat Med*. 2007; 21(6), pp. 507-17.

34 CLAYTON JM, BUTOW PN, TATTERSALL MHN, DEVINE RJ, SIMPSON JM, AGGARWALL G, et al. "Randomized controlled trial of a prompt list to help advanced cancer patients and their caregivers to ask questions about prognosis and end-of-life care". *J Clin Oncol*. 2007; 25, pp. 715-723. CLAYTON J, BUTOW P, TATTERSALL M, CHYE R, NOEL D, DAVIS JM, et al. "Asking questions can help: development and preliminary evaluation of a question prompt list for palliative care patients". *British Journal of Cancer*. 2003; 89(11), pp. 2069-2077. BACK AL, ARNOLD RM, BAILE WF, FRYER EDWARDS KA, ALEXANDER SC, BARLEY GE, et al. "Efficacy of communication skills training for giving bad news and discussing transitions to palliative care". *Arch Intern Med*. 2007; 167, pp. 453-460. BACK AL, ANDERSON WG, BUNCH L, MARR LA, WALLACE JA, YANG HB, et al. "Communication about cancer near the end of life". *Cancer*. 2008; 113(7 Suppl), pp. 1897-910. GÓMEZ SANCHO M. *Cuidados Paliativos: atención integral a enfermos terminales*. Volumen I y II. Las Palmas: ICEPPS Editores; 1998.

35 FAINSINGER RL, NUÑEZ-OLARTE JM, DEMOIS-SAC DM. "The cultural differences in perceived value of disclosure and cognition : Spain and Canada". *J Palliat Care*. 2003; 19(1), pp. 43-8.

36 CLAYTON JM, BUTOW PN, TATTERSALL MHN. "The needs of terminally ill cancer patients versus those of caregivers for information regarding prognosis and end-of-life issues". *Cancer*. 2005; 103 (9), pp. 1957-64. HANCOCK K, CLAYTON J, PARKER SM, WALDER S, BUTOW PN, CARRICK S, et al. "Discrepant perceptions about end-of-life communication: a systematic review". *J Pain Symptom Manage*. 2007; 34(2), pp. 190-200. FARBER SJ, EAGNEW TR, HERMAN-BERTSCH JL, TAYLOR TR, GULDIN GE. "Issues in end-of-life care: patient, caregiver, and clinician perceptions". *J Palliat Med*. 2003; 6(1), pp. 19-31.

37 ESTAPÉ, J. "Problemática de la información sobre el diagnóstico al enfermo de cáncer". *Eur School Oncol Bull* 1995, pp. 7-8. LIZARRAGA, S., AYARRA, M., CABODEVILLA, I. "La comunicación como piedra angular de la atención al paciente oncológico avanzado. Bases para mejorar nuestras habilidades". *Aten Primaria*. 2006; 38 (Supl 2), pp. 7-13. SANZ, J. "Comunicación e Información". *Med Clin (Barc)*. 1995; 104, pp. 59-61.

38 Documento final del grupo de expertos en información y documentación clínica. *An Sist Sanit Navar*. 1998; 21(3).

39 Guía de Práctica Clínica sobre Cuidados Paliativos.

1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Julio 2008.

40 PARKER, S.M, CLAYTON, J.M, HANCOCK, K., WALDER S., BUTOW, P.N, CARRICK, S. et al. *A systematic review of prognostic/end-of-life communication*, cit.

41 CENTENO CORTÉS, C., NUÑEZ OLARTE, J.M. "Questioning diagnosis disclosure in terminal cancer patients: a prospective study evaluating patients' responses". *Palliat Med* 1994; 8, pp. 39-44.

42 SANZ, J. "Comunicación e Información", cit., pp. 59-61.

del enfermo, el estadio de su enfermedad, la situación sociofamiliar y los recursos y experiencias de los profesionales sanitarios.

Para Butow⁴³, los deseos y necesidades de información del paciente cambian a lo largo del tiempo, por lo que sugieren que hay que preguntar en cada consulta para “palpar” y atender esa necesidad. Generalmente, cuando el paciente va empeorando, el deseo de información disminuye. Según la aportación de Kamath et al.⁴⁴, es posible también que los clínicos tiendan a subestimar las necesidades de información de los pacientes y a sobrestimar su grado de conocimiento y comprensión del pronóstico, motivos que les llevan a dedicar escaso esfuerzo a los aspectos relativos a la información a sus pacientes.

En esta materia son bien distintas las pautas anglosajona y latina. Mientras en los países anglosajones es normal transmitir al paciente la gravedad de la enfermedad, en los países latinos parece que en muchas ocasiones (aunque cada vez menos) se tiende a vedar o prácticamente no comunicar las enfermedades graves para la salud. Por otra parte, en un estudio comparativo realizado entre pacientes y familiares de Canadá y España⁴⁵ en el momento de iniciar su atención en unidades de cuidados paliativos, se observaron diferencias significativas sobre las demandas de información acerca de su enfermedad. Así, los pacientes españoles manifestaron un menor deseo de conocer la información, aunque en mayor proporción que sus familiares. Esta discrepancia no se observó en el grupo canadiense.

En la revisión de Centeno y Núñez-Olarte⁴⁶ se concluía que existían grandes diferencias en materia de información entre los dos grandes “continentes culturales”: por un lado el constituido por USA, países del Norte de Europa, Australia y Nueva Zelanda, donde lo habitual era que el enfermo tuviera pleno conocimiento de su enfermedad, tanto en diagnóstico

como en pronóstico, y por otro, el formado por los países de Sur y Este de Europa y los países de Sudamérica (y probablemente también Japón y Filipinas), donde el grado de petición de información sobre el diagnóstico es mucho menor y donde la familia cobra un papel transcendente como “intermediaria” de la información entre el paciente y el médico. En una editorial publicada en el año 1992 por Stiefel y Senn⁴⁷ ya se mencionaba que “mientras en USA el debate había avanzado del si hay que informar al cómo hay que hacerlo, la práctica en Europa iba de una información parcial o total a una total ausencia de información”.

En nuestro entorno, la familia del enfermo de cáncer es todavía en muchas ocasiones, a la hora de la verdad, quien decide qué es lo que debe saber el paciente y permite al médico hablar y comunicar con más o menos barreras. Según Centeno y Núñez-Olarte⁴⁸, la alta incidencia de “conspiración del silencio” en nuestra sociedad se debe a que las familias españolas son precisamente sensibles a la hora de asumir las necesidades del enfermo. Considera que no es ignorar su autonomía, sino que el paciente podría ejercer su autonomía (p. ej. demandando información), o también delegarla (confiando a la familia el tema de la información) cuando interprete que será beneficioso en su situación. Según esos autores, el enfermo debe decidir cuánta autonomía quiere ejercer, y esa cantidad puede variar de una a otra cultura. Esta opinión, sin embargo, no es compartida por todos⁴⁹.

11. ¿ES BENEFICIOSA O PERJUDICIAL LA INFORMACIÓN PARA EL SUJETO DEMANDANTE DE LA MISMA?

Para Barbero⁵⁰, en el ámbito sanitario, ante situaciones de diagnóstico y/o pronóstico grave tradicionalmente se suelen aducir distintos argumentos para no decir la verdad a los pacientes:

1. “Engaño benevolente”: “lo que uno no conoce no puede herirle y puede ayudarle”. Informar

47 STIEFEL, F, SENN, H.J. “Cancer diagnosis disclosure in a Spanish hospital: how do they discuss treatment options?” (editorial). *Ann Oncol* 1992; 3:2004.

48 CENTENO CORTÉS, C., NÚÑEZ OLARTE, J.M. “Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España”, cit., pp. 744-750.

49 Por ejemplo, BARBERO, J. “El derecho del paciente a la información”, cit., pp. 19-27.

50 *Ibid.*

43 BUTTOW, P.N., MACLEAN, M, DUNN, S.M, TATTERSALL, M.H.N., BOYER, M.J. “The dynamics of change: cancer patients’ preferences for information, involvement and support”. *Annals of Oncology*. 1997; 8, pp. 857-863.

44 KAMATH PS, WIESNER RH, MALINCHOC M, KREMERS W, THERNEAU TM, KOSBERG CL, et al. “A model to predict survival in patients with end-stage liver disease”. *Hepatology*. 2001; 33(2), pp. 464-70.

45 FAINSINGER, R.L., NÚÑEZ-OLARTE, J.M, DE-MOISSAC, D.M. “The cultural differences in perceived value of disclosure and cognition : Spain and Canada”, cit.

46 CENTENO CORTÉS C., NÚÑEZ OLARTE, J.M. “Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España”, cit., pp. 744-750.

sólo añadiría un plus de ansiedad al paciente y esto debe evitarse.

2. Los profesionales no conocen la “verdad completa” y, aunque la conocieran, muchos pacientes no comprenderían el objetivo ni las implicaciones de la información.

3. Los enfermos con patologías graves y/o clínica de deterioro, incluso cuando dicen que quieren saber, en realidad prefieren no saber.

Transmitir la información es complejo para los sanitarios, y en la decisión de informar o no influyen muchos factores⁵¹:

- La idea errónea de que, si el paciente quiere, ya preguntará. Pero son muchos los estudios que demuestran que la mayoría de los pacientes que desean que se les informe esperan que sea el sanitario quien introduzca el tema. Cabría preguntarse también si, además de no tomar la iniciativa, facilitamos al paciente hablar del tema.
- La creencia de que conocemos los deseos y necesidades de los pacientes.
- La creencia de que la información va a quitarle la esperanza.
- El pensar que no va a poder disfrutar del tiempo que le quede.
- La dificultad en reconocer y aceptar la evolución hacia la muerte y concretar el tiempo de vida.
- La falta de habilidades de comunicación, o la falta de confianza en tenerlas, puede dificultar el proceso de la información.

Manifestado el deseo del paciente de ser informado: ¿es beneficiosa o perjudicial la información para el sujeto demandante de la misma?

Las investigaciones realizadas sugieren que una comunicación eficaz influye en la salud de los pacientes sobre diversos aspectos, como el estado emocional, la resolución de los síntomas, el estado funcional

y el dolor⁵². El intercambio adecuado de información puede mejorar la implicación de los pacientes en los cuidados y la adherencia a los tratamientos, reducir el malestar psicológico y contribuir a transmitir unas expectativas realistas⁵³. Además, un proceso de comunicación adecuado tiene una gran influencia sobre la capacidad de adaptación de los pacientes y de sus familiares a las nuevas situaciones, la asimilación de la enfermedad y la consideración de las diferentes opciones⁵⁴. Ofrecer a los enfermos la posibilidad de tomar decisiones compartidas puede reducir los síntomas de ansiedad y depresión.

Los enfermos consideran que entre los atributos esenciales que debe poseer un profesional de la salud se halla la voluntad de escuchar y explicar⁵⁵. Una comunicación ineficaz se asociaría sin embargo a incumplimiento terapéutico y a un aumento del estrés de los pacientes. Además, la falta de comunicación, la mentira o la ocultación de información relevante con un propósito protector pueden desencadenar otro tipo de problemas: que el enfermo reciba mensajes contradictorios de distintos profesionales o que se vea privado de la oportunidad de expresar sus temores y preocupaciones.

Con la expresión “comunicación de malas noticias”, Buckman⁵⁶ se refiere a “cualquier información capaz de alterar drásticamente la visión de un paciente sobre su futuro”, tanto al comunicar el diagnóstico de una enfermedad considerada mortal como al informar del fracaso de la terapéutica curativa que se le administra. La comunicación de malas noticias es una de las cuestiones más difíciles de los cuidados paliativos y constituye uno de los aspectos que generan más conflictos en la comunicación con el enfermo y la familia. Por un lado, un profesional que ante un pronóstico fatal se empeñe en informar de todo, independientemente de lo que desee el paciente, y

52 KAMATH, P.S., WIESNER, R.H., MALINCHOC, M., KREMERS, W., THERNEAU, T.M., KOSBERG, C.L., et al. “A model to predict survival in patients with end-stage liver disease”. *Hepatology*, cit.

53 MILLS, M.E., SULLIVAN, K. “The importance of information giving for patients newly diagnosed with cancer: a review of the literature”. *J Clin Nurs*. 1999; 8 (6), pp. 631-42.

54 FALLOWFIELD, L.. “Communication with the patient and family in palliative medicine”, cit.

55 FELLOWES D, WILKINSON S, MOORE P. “Communication skills training for health care professionals working with cancer patients, their families and/or carers”. *Cochrane Database Syst Rev*. 2004; (2): CD003751.

56 BUCKMAN, R. “Breaking bad news: why is still so difficult?” *Br Med J (Clin Res Ed)*. 1984; 288 (6430), pp. 1597-9.

51 FALLOWFIELD, L. “Communication with the patient and family in palliative medicine”, cit.

que además luego se aleje de esa realidad tan dolorosa, abandonándolo, somete al enfermo a un sufrimiento indebido⁵⁷. Estaríamos ante lo que podríamos denominar “encarnizamiento informativo”. Informar al paciente, garantizándole que no va a ser abandonado, y en un contexto en el que pueda expresar sus preocupaciones y sus miedos, facilita una comunicación adecuada y el apoyo emocional que necesita.

Para Barbero⁵⁸, la clave estaría en decir “todo” lo que el paciente quiere saber y “sólo” lo que el paciente quiere saber. Cuando el enfermo no pregunta, en ocasiones se facilita una información alternativa (lesión, enfermedad localizada, inflamación, úlcera, etc.). En nuestra opinión, y siguiendo a Centeno y Núñez Olarte,⁵⁹ este procedimiento puede ser adecuado en muchas ocasiones. Este modo parcial de informar, para algunos enfermos no supone un punto final, sino que se trata de un primer paso necesario para que vaya conociendo el diagnóstico o para que descubra la verdad completa en la medida que pueda asimilarla. Como ya hemos mencionado más arriba, algunos autores lo han denominado “la verdad soportable”, subrayando así el carácter dinámico de la comunicación de la verdad en nuestro medio⁶⁰.

Cuando el paciente esté angustiado o confuso la información debe no sólo aportar datos, sino también reducir esa angustia o incertidumbre. Como también hemos comentado ya, ocultar el diagnóstico puede llegar a generar una “conspiración del silencio”, que dificultará la adaptación del paciente a su enfermedad y le impedirá participar en la toma de decisiones. Por otra parte, el paciente, que a menudo sospecha que tiene una enfermedad maligna, puede mostrarse temeroso, ansioso y confuso, cuando se le oculta la información⁶¹. El manejo de esta situación requiere proporcionar una información adecuada al cuidador

principal y a la familia y una buena comunicación con ellos, intentando establecer acuerdos⁶².

Hay pocos estudios sobre los motivos para desear no ser informados. Geraldine Leydon⁶³ orienta hacia tres factores importantes que influyen en el comportamiento de los pacientes respecto a la información: 1) la fe en el profesional, asociada al deseo de ser un “buen paciente”, inhibe de preguntar. 2) La esperanza en contraposición a recibir demasiada información negativa. “Saber” amenaza la esperanza. 3) La solidaridad, o sea, pensar que otros pacientes necesitan más que uno mismo del tiempo y las atenciones de los profesionales.

Para Lizarraga et al⁶⁴, a la hora de comunicar las malas noticias, los profesionales sanitarios deberían tener en cuenta las barreras que pueden condicionar una comunicación efectiva: déficit de habilidades para valorar las necesidades de información y para facilitar la participación del paciente y de sus familiares en la toma de decisiones, tendencia a interpretar los deseos y las necesidades de los pacientes, la idea errónea de que “si el paciente quiere, ya preguntará”, el sentimiento de ser considerado responsable del fracaso en la curación, la creencia de que la información producirá un mayor daño al enfermo, o la incertidumbre acerca de aspectos relacionados con el diagnóstico y pronóstico del paciente.

Según Simón et al., que el desvelar la información daña más que beneficia ha sido desmentido por la investigación⁶⁵. En su estudio prospectivo, Centeno y Núñez Olarte⁶⁶ concluyen que el 75% de los pacientes informados hablaban claramente de su enfermedad y de sus consecuencias con sus familiares, mientras que solamente el 25% de los no informados

57 ALONSO, B.A. *Atención a la familia*. 2006; 38 Suppl 2, pp. 14-20.

58 BARBERO, J. “El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar”, cit., pp. 19-27.

59 CENTENO CORTÉS, C., NÚÑEZ OLARTE, J.M. “Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España”, cit., pp. 744-750.

60 ESPINOSA E, GONZÁLEZ BARÓN M, POVEDA J, DE LA GÁNDARA I. “La verdad soportable como eje de la información al paciente con cáncer”, cit. PP. 147-49. GONZÁLEZ BARÓN, M, ESPINOSA, E, DE LA GÁNDARA, I., POVEDA, J. “La información al paciente con cáncer”, cit.

61 FALLOWFIELD, L. “Communication with the patient and family in palliative medicine”, cit. CENTENO CORTÉS, C., NÚÑEZ OLARTE, J.M. “Estudios sobre la comunicación del diagnóstico de cáncer en España”, cit. pp. 744-750.

62 FELLOWES, D, WILKINSON, S, MOORE, P. “Communication skills training for health care professionals working with cancer patients, their families and/or carers”, cit.

63 LEYDON, G. “Cancer patients’ information needs and information seeking behavior: in depth interview study”, *BMJ*, 2000, 320, pp. 909-13.

64 LIZARRAGA, S, AYARRA, M, CABODEVILLA, I. “La comunicación como piedra angular de la atención al paciente oncológico avanzado”, cit., pp. 7-13.

65 SIMON, P., DOMENECH, P, SÁNCHEZ, I, BLANCO, T, FRUTOS, B, BARRIO, I. “¿Querría usted saber que tiene cáncer?” *MediFam*, 1994; 4, 3, pp. 127-136.

66 CENTENO CORTÉS, C., NÚÑEZ OLARTE, J.M. “Questioning diagnosis disclosure in terminal cancer patients: a prospective study evaluating patients’ responses”, cit., pp. 39-44.

hacia lo mismo. Los pacientes informados identificaban con más nitidez al médico de referencia, estaban más satisfechos de su relación con él y comprendían mejor las explicaciones recibidas. Finalmente se encontró que los pacientes que saben su diagnóstico, no sólo no pierden la esperanza, sino que muestran más confianza en el cuidado que reciben.

En todo caso, según Barbero⁶⁷, el enfermo también tiene derecho a rechazar la información diagnóstica y/o pronóstica, pero para que haya rechazo tiene que haber oferta. Y esta oferta es una responsabilidad ética de todos los profesionales. ¿Cuándo sería aceptable, según este autor, como mal menor saltarnos el principio de alta exigibilidad moral de decir la verdad?: cuando previéramos riesgos o consecuencias realmente peores para el paciente que el hecho de transmitirle su realidad. El profesional que así lo decida, debería dejar constancia en la historia clínica de las razones que le llevan a tomar esa decisión de “no decir toda la verdad”.

12. CONSIDERACIONES FINALES

En nuestra opinión, en la sociedad actual el paciente, en general, desea ser informado de la naturaleza, causa y gravedad de su enfermedad y del tratamiento, de los resultados y efectos de las pruebas diagnósticas, la evolución de la dolencia e incluso del inicio de su estado terminal. Las necesidades de información son cambiantes y se modifican conforme lo hace la enfermedad.

La información debe ser, en general, sincera y honesta, pero hay que respetar también el derecho del paciente a “no saber” o su deseo de delegar la información en su familia. Hay otras formas no verbales de informar.

Muchas veces los pacientes saben de su enfermedad mucho más de lo que creemos o de lo que ellos nos dicen. Saben sin haber sido directamente informados. Los silencios, la expresión de la cara del médico, el aumento de atención de los miembros de la familia o las señales de su propio cuerpo también comunican información.

Una mala noticia nunca debe acompañarse de un abandono del paciente. Lo fundamental será acompa-

ñar al enfermo en todo su proceso, ayudándole en el control de síntomas y permitiéndole que en cualquier momento pueda compartir con los profesionales sus dudas y temores.

67 BARBERO, J. “El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar”, cit., pp. 19-27.

GASTOS SANITARIOS NO REEMBOLSABLES EN DESPLAZAMIENTOS INTRAEUROPEOS

Irene Ruiz Olmo

Becaria de Investigación

Universidad de Castilla -La Mancha

ÍNDICE

1. Introducción.
2. La normativa comunitaria relativa a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social.
- 2.1. Distinción entre “Asistencia planificada” y “Asistencia no planificada” como criterio determinante en la argumentación del Tribunal de Justicia.
3. La aplicación del Principio de Libre Prestación de Servicios en el ámbito sanitario.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan algunos aspectos del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza por parte de las instituciones comunitarias. Y ello al hilo de una importante y reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 2010, que es continuación de una serie de pronunciamientos que han culminado con la aprobación de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que en gran medida recoge las tesis mantenidas por el Tribunal.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria transfronteriza, reembolso, gastos sanitarios, Estado miembro de afiliación, coordinación.

ABSTRACT

In the following paper, various aspects of the law relating to cross-border health care assistance on the part of community institutions will be analysed. And this is the thread of a recent important judgment of

the Court of Justice of the European Communities 15 June 2010, which is a continuation of a series of statements that have culminated in the adoption of Directive of the European Parliament 2011/24/UE and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare, which largely reflects the thesis maintained by the Court.

KEYWORDS

Cross-border healthcare, reimbursement, health costs, Member State of affiliation, coordination.

1. INTRODUCCIÓN

Se trata de un marco jurídico que “trata de regular la cada vez mayor interrelación entre los sistemas sanitarios como consecuencia de la circulación de los pacientes y los entre los sistemas sanitarios como consecuencia de la circulación de los pacientes y los profesionales”¹. En este sentido, el fallo de la citada sentencia pone de manifiesto que habida cuenta de que la intención de la Unión es coordinar las legislaciones nacionales en materia de cobertura social, y no armonizarlas, cuando se presta asistencia sanitaria hospitalaria no planificada en un Estado miembro distinto al de afiliación, este último Estado no está obligado a reembolsar al paciente aquellos gastos que corran a cargo del mismo, según la legislación del Estado en que se haya dispensado la asistencia. Es decir, no existe un derecho de reembolso de aquellos gastos que deben en todo caso ser asumidos por los pacientes cuando el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro en el que se dispensa dicho tratamiento es inferior al previsto en la legislación del Estado de afiliación.

1 ALVAREZ GONZALEZ, E.M., “El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y salud*, volumen 18, número 2, julio-diciembre de 2009, pág. 21.

Es importante destacar que esta restricción afecta no sólo a los tratamientos hospitalarios, que según la nueva Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, son los que requieren hospitalización al menos durante una noche, sino también a los tratamientos no hospitalarios que sean muy costosos. Consecuentemente, existe la posibilidad de exigir autorización previa, no sólo en los tratamientos hospitalarios, sino también para la asistencia que requiera el uso de equipos materiales particularmente onerosos (por ejemplo, cuando se trata del aparato de formación de imágenes o de espectrometría por resonancia magnética nuclear para detectar y tratar, en especial, el cáncer, determinadas enfermedades motrices cerebrales,...)².

El pronunciamiento del TJCE de 15 de junio de 2010, se produce con ocasión de un recurso de incumplimiento planteado contra España por parte de la Comisión Europea. Concretamente, a raíz de una denuncia planteada ante la Comisión por un ciudadano francés, residente en España y afiliado al sistema de Seguridad Social Español, el cual tiene que ser hospitalizado durante una estancia en Francia debiendo abonar determinados gastos de hospitalización en ese país. Posteriormente solicita el reembolso a la institución de Seguridad Social española de la parte de los gastos de hospitalización que, según la legislación francesa, deben ser abonados en todo caso por los pacientes. Es decir, son gastos que se encuentran fuera de la cobertura que el sistema sanitario francés otorga.

La Institución española se niega a ello alegando que la normativa en vigor no contempla la posibilidad de que un afiliado al Sistema Nacional de Salud obtuviera de la institución competente el reembolso de gastos médicos generados fuera de dicho sistema, salvo en las circunstancias excepcionales entonces previstas en el artículo 5 del Real Decreto 63/1995. El Estado español añade que atender tales reintegros alteraría el equilibrio financiero de su sistema nacional de salud, criterio rebatido por el Tribunal al entender que tales reembolsos no pueden tener una incidencia significativa en la financiación global de un sistema de Seguridad Social nacional (apartado 24 y 57).

El marco nacional de aplicación se encuentra cobijado en una pluralidad de normas de diferente

naturaleza, sin embargo las reflexiones del Tribunal pivotan en torno a la Ley 16/2003 de 23 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y a su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Específicamente el artículo 4, apartado 3, del Real Decreto 1030/2006 establece que “la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

La interpretación defendida por las instituciones españolas implicaría que un afiliado al sistema de salud español solo tendría derecho al reembolso de la parte del coste del tratamiento no cubierta por la intervención de la institución del Estado miembro de estancia en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Precisamente esta tesis mantenida por el Reino de España, es el que provocó que la Comisión alegase que la normativa española era contraria al Art 49 TCE, instándose al Estado a adoptar las medidas correctoras necesarias en un plazo de dos meses.

2. LA NORMATIVA COMUNITARIA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL

La regulación comunitaria reconoce al trabajador “por cuenta ajena o por cuenta propia” que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, y cuyo estado requiera prestaciones en especie que sean necesarias desde un punto de vista médico durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia, el

² Esta posibilidad ha sido recientemente establecida en la STJCE de 5 de octubre de 2010, asunto 512/08, Comisión contra Francia en la que la Comisión trata de impugnar su sistema de reembolso.

derecho “a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia [...], según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente” [art 22.1. a) e i), Reglamento nº 1408/71, del Consejo]³.

La asistencia en especie servida por la institución sanitaria de un Estado miembro por cuenta de la institución de otro Estado miembro, dará lugar al reembolso de su coste íntegro, aplicándose este derecho por analogía a los estudiantes y los miembros de su familia según sea necesario (art. 34 bis y 36.1 del Reglamento nº 1408/71, del Consejo).

En desarrollo de esta normativa, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, en Decisión de 17 de diciembre de 2003, puntualiza la aplicación uniforme del inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 del Consejo, en el Estado miembro de estancia⁴. Concretamente sostiene que la reglamentación comunitaria no puede interpretarse “de manera que se excluyan las enfermedades crónicas o preexistentes” y que “el concepto de <<asistencia necesaria>> no puede provocar que estas prestaciones se limiten únicamente a los casos en que la asistencia dispensada sea necesaria debido a una enfermedad repentina. En particular, el hecho de que el tratamiento que resulte necesario debido a la evolución del estado de salud de la persona asegurada durante su estancia temporal en otro Estado miembro pueda estar relacionado con una patología preexistente y conocida por el asegurado, como por ejemplo una enfermedad crónica, no significa que no se cumplan las condiciones de aplicación de estas disposiciones.”. Singularmente se especifica que

se encuentra amparada por la cobertura del art. 22 mencionado la asistencia sanitaria necesaria desde el punto de vista médico que se dispense a un migrante que se encuentre temporalmente en un Estado miembro, con la finalidad de evitar que se vea obligado a retornar prematuramente al Estado competente para obtener el tratamiento que necesita, antes de la finalización de la estancia prevista⁵.

2.1 DISTINCIÓN ENTRE “ASISTENCIA PLANIFICADA” Y “ASISTENCIA NO PLANIFICADA” COMO CRITERIO DETERMINANTE EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal encuentra de gran relevancia, y de hecho justifica su fallo en este aspecto, que la asistencia sanitaria contemplada en el art. 22 comprende dos modalidades bien diferenciadas. Por un lado, encontramos la denominada asistencia planificada [art.22, 1, c) del Reglamento nº 1408/71, del Consejo], en la que el sujeto se desplaza al territorio de otro Estado para recibir una asistencia sanitaria, en la que el asegurado ha podido obtener una estimación del coste global del tratamiento hospitalario en cuestión, en forma de presupuesto, que le permita comparar los niveles de cobertura aplicables, respectivamente, en el Estado miembro en el que tiene intención de ser hospitalizado y en el Estado miembro de afiliación. Este supuesto es completamente diferente a los casos en los que el asegurado se desplaza a otro Estado miembro con una finalidad turística o educativa, presentándose en el transcurso de la estancia alguna incidencia imprevisible de carácter sanitario que obligue a su atención médica. En este sentido, la normativa comunitaria no garantiza una neutralidad respecto a todos los servicios sanitarios cubiertos por los diversos sistemas nacionales, siendo importante señalar que el objetivo de la normativa comunitaria

³ Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO L 392, p. 1). En la actualidad, este reglamento ya ha sido sustituido por el reglamento nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. (arts. 19 y 20) y desarrollado por el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

⁴ DO 2004, L 104, p. 127.

⁵ Debe mencionarse que junto al Reglamento citado, la regulación comunitaria en la materia se encuentra en el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento nº 118/97, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 311/2007 de la Comisión, de 19 de marzo de 2007 (DO L 82, p. 6). Concretamente en el art. 2.1, se da carta de naturaleza al formulario E-111, actualmente sustituido por la tarjeta sanitaria europea. Es importante mencionar que en la actualidad, el Reglamento 1408/71 de Seguridad Social está derogado.

A partir del 1 de mayo de 2010, este Reglamento queda sustituido por el reglamento nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. (arts. 19 y 20). Siendo el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

ria en la materia es el de coordinar las legislaciones nacionales en materia de seguridad social, y, “por ende”, en lo relativo a la asistencia sanitaria, pero no armonizarlas⁶.

La relevancia de esta distinción radica en que la garantía del derecho al reembolso de las eventuales diferencias positivas entre el nivel de cobertura de la asistencia hospitalaria de diferentes Estados miembros “puede inducir al asegurado a renunciar al tratamiento proyectado en otro Estado miembro, lo que supone un obstáculo a la libre prestación de servicios, como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias Vanbraekel y otros y Watts”. Precisamente será la vulneración a este principio reconocido en el art. 49 TCE el que sirva al Tribunal para revisar la oportunidad de la normativa española.

Concretamente el Gobierno español alega que la regulación española atiende convenientemente las situaciones de asistencia no planificada, de forma que otorga una cobertura adecuada a la gravedad de la enfermedad o del accidente, en los casos de estancia temporal por circunstancias vinculadas a la urgencia de la situación.

3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO

En primer término, el Tribunal de Justicia determina que la asistencia sanitaria debe ser considerada como un servicio objeto de la libre prestación de servicios⁷ (apartado 47 y ss.). De hecho, de los diversos pronunciamientos del Tribunal se desprende que dentro de este concepto deben quedar incluidos tanto

los servicios prestados en consultas como los efectuados en hospitales⁸.

En lo que atañe al concreto contenido de la sentencia, se subraya que la regulación establecida en el art. 22 del Reglamento n° 1408/71, del Consejo, trata de impedir que un asegurado se vea obligado a regresar prematuramente al Estado miembro de afiliación para obtener la asistencia médica que precise, confiriéndole el derecho de acceso a tratamientos sanitarios en el territorio de estancia en condiciones de cobertura tan beneficiosas como las que disfrutaban los nacionales de este último. Sin embargo, en el supuesto de la asistencia no planificada se da por definición una falta de certidumbre, respecto a si el turista o estudiante, por ejemplo, va a necesitar asistencia sanitaria y de qué tipo. También las enfermedades crónicas, o la situación de los ciudadanos comunitarios de edad avanzada, cumplen esta imprevisibilidad puesto que a pesar de correr un mayor riesgo de que se deteriore su salud, sólo en determinados supuestos van a precisar tratamientos hospitalarios durante su estancia temporal en otro Estado.

Implementando estos razonamientos al supuesto denunciado, el Tribunal de Justicia entiende que “resulta demasiado aleatorio e indirecto el hecho de que los afiliados al sistema de salud español puedan verse incitados a adelantar su regreso a España para recibir allí la asistencia hospitalaria necesaria debido a la degradación de su estado de salud durante una estancia temporal en otro Estado miembro o a renunciar a viajar, por ejemplo, con fines turísticos o de estudios a dicho Estado miembro, al no poder contar, salvo en el supuesto previsto en el artículo 4, apartado 3, segunda frase, del Real Decreto 1030/2006, con una intervención complementaria de la institución competente en caso de que el coste de un tratamiento equivalente en España fuera superior al nivel de cobertura aplicable en ese otro Estado miembro.” De todo ello, el Tribunal concluye que la normativa española denunciada no obstaculiza la libre prestación

6 Es destacable el hecho de que los Estados miembros gozan de autonomía para establecer sus propias políticas de salud, así como para entablar su propia organización, gestión y asignación de recursos y por su supuesto prestación de servicios. Esta autonomía está reconocida por el art. 168. 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

7 “Apartado 47. En lo que respecta, por una parte, a los servicios médicos, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario (véanse, en este sentido, las sentencias Watts, antes citada, apartado 86 y jurisprudencia citada, y de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, C 444/05, Rec. p. I 3185, apartado 19). Por lo demás, una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero (véase la sentencia Watts, antes citada, apartado 89 y jurisprudencia citada)”.

8 A esta conclusión llega la profesora CANTERO MARTINEZ DE su estudio de los asuntos Kohll, de 28 de abril de 1998, Geraets y Peerbooms, de 12 de julio de 2001, y Watts de 16 de mayo de 2006, en: CANTERO MARTINEZ, J., “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: Entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado”, en GASCON ABELLAN, M./ CANTERO MARTINEZ, J./ GONZALEZ CARRASCO, C., (coords.), Cuestiones de Derecho Sanitario y Bioética, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 12 y ss. En opinión de la misma autora, con anterioridad a esta doctrina se entendía que la asistencia sanitaria “quedaba directamente fuera del ámbito de las disposiciones comunitarias relativas a la libre prestación de servicios para regirse íntegramente el Reglamento 1408/71”, pág. 12.

de servicios de asistencia hospitalaria, de servicios turísticos o de servicios educativos (apartado 72).

En conclusión, el Tribunal observa que el mecanismo de reembolso entre las instituciones afectadas se basa en un sistema de “compensación global del riesgo”, por lo que en los supuestos de asistencia hospitalaria no planificada, cuando el Estado miembro de afiliación asume una carga económica más elevada de la que le correspondería si tales servicios se hubieran prestado en uno de sus establecimientos, “se compensan globalmente con los casos en los que, por el contrario, la aplicación de la normativa del Estado miembro de estancia tiene como resultado una carga financiera sobre el Estado miembro de afiliación menos elevada que la que habría derivado de la aplicación de su propia normativa por el tratamiento hospitalario de que se trata”.

No obstante, considera que es cierto que el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos de que se trate sea inferior al aplicable en virtud de su propia normativa supondría quebrantar la estructura del sistema introducido por el Reglamento n° 1408/71. Y, consecuentemente ante supuestos relacionados con tratamientos de ese tipo, la institución competente del Estado miembro de afiliación se vería sistemáticamente expuesta a la carga financiera más elevada, ya sea con arreglo a la normativa del Estado miembro de estancia que establece un nivel de cobertura superior al previsto por la normativa del Estado miembro de afiliación o, en caso contrario, como consecuencia de la aplicación de esta última normativa.

Y argumentando que, pese a que en ocasiones la asistencia sanitaria transfronteriza no planificada lleve consigo un desembolso por parte de los pacientes no restituible, atendiendo a la urgencia de la situación, a la gravedad de la enfermedad o del accidente, o a la imposibilidad médica de repatriación al Estado miembro de afiliación, estas situaciones no dejan más alternativa que prestar al interesado asistencia hospitalaria en un establecimiento situado en el Estado miembro de estancia. Por lo que el Tribunal estima que no puede atribuirse a la normativa española controvertida cualquier tipo de efecto restrictivo sobre la prestación de servicios de asistencia hospitalaria por prestadores establecidos en otro Estado miembro.

Consecuentemente el Tribunal procede a desestimar el recurso en el que actuaron como coadyuvantes el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República de Finlandia y el Reino Unido.

4. CONCLUSIONES

La sentencia examinada es una manifestación de la tensión de intereses contrapuestos entre la preservación de libertades puramente económicas, como la libre prestación de servicios, y derechos sociales como es el derecho a la asistencia sanitaria. De hecho este fallo es continuación de una serie de pronunciamientos en este sentido y que finalmente se han visto materializados en la reciente Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. De esta forma, coexisten dos sistemas de coordinación de la normativa procedente de los Estados miembros, de modo que la aplicación de la Directiva o de los Reglamentos de la Unión debe realizarse sin privar al paciente de los mayores beneficios que reconocen los Reglamentos, en caso de que se cumplan las condiciones para su aplicación a un supuesto concreto⁹.

Empero de cualquier ejercicio interpretativo, lo que resulta innegable es que a pesar de la declaración comunitaria reconociendo la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, “en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, en especial las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios” (apartado 53). Las consecuencias de este reparto competencial suponen que el principio de igualdad y universalidad en el acceso de las prestaciones sanitarias en algunos Estados miembros quedan seriamente comprometidos “toda vez que se condiciona su acceso a la capacidad económica del paciente, que deberá hacerse cargo directamente de los gastos de viaje y del tratamiento antes de solicitar el reembolso”. Si bien es cierto que con la entrada en vigor de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, esta conclusión se podría matizar, en el sentido de que la misma prevé la posibilidad de que los Esta-

⁹ CANTERO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pág.21. Las opiniones doctrinales en torno a la propuesta de Directiva han sido en ocasiones bastantes críticas; SEVILLA PEREZ, F., mantiene que con ella “la Comunidad pretende regular la atención sanitaria en Europa, teniendo en cuenta como única base las reglas del mercado, olvidando la tradición de todos los sistemas sanitarios europeos”, en “Propuesta directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2009; 7(4), pág. 551.

dos miembros de afiliación decidan reembolsar costes conexos, como gastos de alojamiento y viaje. Sin embargo, esta posibilidad sigue quedando al arbitrio del Estado de afiliación.

Además, en este proceso de coordinación también pueden verse lesionados derechos relativos a la gestión de la atención sanitaria basados en el monopolio público de la asistencia sanitaria¹⁰.

Una importante y destacable novedad que prevé la nueva Directiva anteriormente citada, es que en el caso de que un Estado miembro de afiliación decida limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, este Estado deberá notificárselo a la Comisión. Esta obligación debe ser entendida de forma positiva, puesto que ello implica un mayor control, y la posible eliminación de obstáculos injustificados a la libre circulación de personas, bienes y servicios.

Por último, se debe incidir en el hecho de que el fallo de la sentencia comentada insiste en diversos momentos en la importancia del respeto al principio de libre prestación de servicios no solo en los servicios médicos, sino también en los turísticos o educativos (apartado 51 y 52), sin reparar en que tal aplicación puede menoscabar el estándar de derechos reconocidos a los nacionales de determinados Estados miembros.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ GONZALEZ, E.M., “El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y salud*, volumen 18, numero 2, julio-diciembre de 2009.

STJCE de 5 de octubre de 2010, asunto C-512/08,

CANTERO MARTINEZ, J., GASCON ABELLAN, M., GONZALEZ CARRASCO, C., “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: Entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado”, en *Cuestiones de Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

10 CANTERO MARTINEZ, J., *op. cit.*, págs. 29 y 30.

¿TIENE EL PACIENTE DERECHO A SABER QUIÉNES Y POR QUÉ HAN ACCEDIDO A SU HISTORIA CLÍNICA?

Sergio Gallego Riestra

Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias. Presidente de la Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias.

Isolina Riaño Galán

Jefa del Servicio de Pediatría del Hospital San Agustín de Avilés. Vocal de la Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias.

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Normativa general en materia de protección de datos.
 - 2.1 La obligación de elaborar y conservar un registro de accesos a la historia clínica que identifique a cada usuario que entre en ella o lo intente.
 - 2.2 El derecho de acceso del interesado a los datos incluidos en un fichero o sometidos a tratamiento.
3. Normativa específica en relación con la historia clínica.
 - 3.1 Quiénes están legitimados para acceder a la historia clínica.
 - 3.2 El derecho de acceso del paciente a su historia clínica. Su alcance y límites. La normativa básica. Referencia a algunas normas autonómicas.
 - 3.3. La Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud.
4. La interpretación de la AEPD respecto al derecho de acceso al “Registro de accesos”.
5. Configuración actual del delito de descubrimiento de secretos ajenos en el Código Penal.
6. El derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas.
7. Discusión
8. Conclusiones

RESUMEN

Se plantea si el paciente tiene derecho o no a conocer quiénes han accedido a su historia clínica como una forma de garantizar su derecho a la protección de datos y a la intimidad. La AEPD, el Ministerio de Sanidad y alguna norma autonómica sostienen que no existe tal derecho, lo que sin duda conducirá a una mayor judicialización de las relaciones de los ciudadanos con el sistema sanitario

PALABRAS CLAVE

Intimidad, protección de datos, historia clínica, registro de accesos..

ABSTRACT

Arises whether the patient is entitled or not to know who has accessed his medical history as a way to guarantee his right to data protection and privacy. Non-recognition of this right will lead to greater judicialization relation between citizens and the health system.

KEYWORDS

Privacy, data protection, medical history, access log

1. INTRODUCCIÓN

Si yo fuera el Gerente de un hospital, cada vez que una persona famosa ingresase en él pediría al Servicio de Documentación Clínica que me diese el listado de todo el personal que hubiese accedido in-

debidamente a su historia clínica. Después les citaría en mi despacho y les preguntaría los motivos de su conducta, para, a continuación, iniciar las medidas sancionadoras pertinentes contra todos aquellos que no tuviesen una justificación legal que la amparase.

Si yo fuese una persona famosa, cada vez que ingresase en un hospital exigiría que me proporcionasen el listado de todos los trabajadores que hubieran accedido a mi historia clínica. Pero probablemente no me lo darían y entonces encomendaría a mis abogados que se encargasen del asunto. Casi con seguridad, lo primero que harían sería poner una querella contra el Gerente, el Director Médico y todos aquellos que, en un grado u otro de autoría, pudiesen estar inmersos en la presunta comisión de un delito de descubrimiento de secretos. Sólo así, como una prueba pedida a través del juez dentro de una causa criminal, podría obtener el listado de accesos que las organizaciones sanitarias se niegan frecuentemente a dar en base a una restrictiva interpretación de la normativa vigente que viene siendo amparada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

Esta podría ser la base para una noticia, con indudable interés periodístico, sobre una incongruente y sorprendente situación que se está produciendo en nuestro país en relación con el derecho de los pacientes a controlar y conocer quiénes acceden a sus historias clínicas.

La interpretación que vienen realizando los tribunales de justicia de las normas sobre protección de datos personales es absolutamente amplia y garantista a favor de su titular. Así, el Tribunal Constitucional señala que la llamada “libertad informática” es el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.¹

El mismo tribunal matiza que “El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulga-

ción indebidos de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin”.

La sentencia, añade “En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”².

En sintonía con esta doctrina constitucional, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2005, dice que la protección de datos tiene como contenido esencial el conferir a la persona afectada el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de usar los datos a ella referentes.

2.- NORMATIVA GENERAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Por razones obvias de espacio, nos referiremos de manera muy escueta nada más que a aquellos preceptos que regulan exclusivamente las cuestiones que son objeto del presente estudio.

2.1 La obligación de elaborar y conservar un registro de accesos a la historia clínica que identifique a cada usuario que entre en ella o lo intente

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece que todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal deberán adoptar unas medidas de seguridad que se clasifican en tres niveles: bási-

¹ Sentencia Tribunal Constitucional 11/1998 de 13 de enero.

² Sentencia Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre.

co, medio y alto. En el art. 81.3 señala que, además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán, entre otros, a los ficheros o tratamientos que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual.

Por tanto, todos los ficheros en los que se contengan datos relativos a la salud, es decir, las historias clínicas cualquiera que sea el tipo de soporte en el que se encuentren, están sometidos al nivel máximo de seguridad. Ello implica, entre otras cosas y a los únicos efectos que ahora nos interesan, que el responsable del fichero o tratamiento deberá adoptar las medidas que garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios y establecer un mecanismo que permita la identificación de forma inequívoca y personalizada de todo aquel usuario que intente acceder al sistema de información y la verificación de que está autorizado. Además, y como fruto del alto nivel de seguridad que corresponde, resulta aplicable el artículo 103 del Real Decreto que literalmente dice que de cada intento de acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado. En el caso de que el acceso haya sido autorizado, será preciso guardar la información que permita identificar el registro accedido.

Si este tipo de archivos no estuviera automatizado, como es el caso de las historias clínicas en soporte papel, **la misma norma impone que** el acceso a la documentación se limite exclusivamente al personal autorizado y que se establezcan mecanismos que permitan identificar los accesos realizados debiendo quedar adecuadamente registrados.

En este momento ya podemos extraer una primera conclusión. Cada acceso o intento de acceso a la historia clínica obliga a que quede identificado inequívoca y personalmente el usuario, entendiendo por tal, todas las personas que acceden a ella. De cada acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado. Este registro de accesos se conservará al menos durante dos años.

2.2 El derecho de acceso del interesado a los datos incluidos en un fichero o sometidos a tratamiento

La normativa en materia de protección de datos reconoce al titular de los mismos el derecho de acce-

so a sus propios datos. Así, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuando regula los derechos de los ciudadanos en relación con sus datos hace especial referencia al derecho de acceso. En su artículo 15.1 dispone que “El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos”.

En cuanto al concepto legal de comunicación o cesión de datos, el artículo 3 i) de la Ley indica que es “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

La Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define la cesión como la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos, su cotejo o interconexión.

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 establece en el artículo 27 que “El derecho de acceso es el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos. 2. En virtud del derecho de acceso el afectado podrá obtener del responsable del tratamiento información relativa a datos concretos, a datos incluidos en un determinado fichero, o a la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento”.

En el artículo 29 regula cómo se otorga al interesado el derecho de acceso: “3. La información que se proporcione, cualquiera que sea el soporte en que fuere facilitada, se dará en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. Dicha información comprenderá todos los datos de base del afectado, los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como la información disponible sobre el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para los que se almacenaron los datos”.

3.- NORMATIVA ESPECÍFICA EN RELACIÓN CON LA HISTORIA CLÍNICA

Como ya hemos comentado antes, nos ceñiremos tan sólo a la regulación relacionada con nuestros objetivos en este momento.

3.1 Quiénes están legitimados para acceder a la historia clínica

La ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece en el artículo 16 los usos de la misma y en función de ellos determina quiénes pueden acceder a ella. De manera muy resumida podemos decir que los accesos regulados son los siguientes:

- Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente pueden acceder a la historia clínica para garantizar una asistencia adecuada al paciente.
- El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, puede acceder a la historia clínica en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.
- El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.
- El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Tan solo se exceptúan de este acceso anonimizado los supuestos de investigación de la autoridad judicial y de prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población.³

Cualquier acceso diferente a los mencionados será un acceso no amparado por la Ley y por tanto un acceso ilegal. En este momento es preciso recordar que el artículo 7 de la misma Ley 41/2002 determina que, a fin de proteger su intimidad, toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley; imponiendo a los centros sanitarios la obligación de adoptar las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y de elaborar, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garantizan el acceso legal a los datos de los pacientes.

3.2 El derecho de acceso del paciente a su historia clínica. Su alcance y límites. La normativa básica. Referencia a algunas normas autonómicas

En el artículo 18 de la Ley 41/2002 se regula el derecho de acceso a la historia por parte del paciente o, en caso de fallecimiento, de las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Señala que el paciente tiene el derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella.

Como límites, la Ley sólo establece que el derecho al acceso del paciente a la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

Además de la normativa estatal, varias normas autonómicas se han ocupado de la regulación de la historia clínica. Las dos que ahora mismo centran nuestro interés son la de Galicia y la de Castilla La Mancha, dado que se ocupan de manera específica de la historia en soporte electrónico o digital y de los registros de accesos a las mismas.

El Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica en Galicia introduce como interesantísima novedad el posible establecimiento, dentro de la historia, de módulos de especial custodia a petición del paciente. En ellos se contendrían datos e información clínica que puedan afectar especialmente a su intimidad. Se

³ Según la redacción introducida por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

pretende, como idea general, ocultar su existencia a los demás profesionales que entren en la historia, pero dejando la puerta abierta a que, de manera motivada, se pueda acceder a ellos. En este caso, la aplicación informática dejará constancia de este hecho, de tal manera que en “el registro de accesos quedarán singularizados los correspondientes a los datos de especial custodia, lo que permitirá realizar auditorías específicas”.

Es decir, la norma gallega, en la práctica, prevé la creación de dos registros de accesos a la historia clínica. El habitual que viene impuesto por la normativa estatal en materia de protección de datos y otro específico de los accesos efectuados por los profesionales a los módulos de especial custodia.

Por su parte el Decreto 24/2011, de 12 de abril, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha, se ocupa del control de los accesos a la historia por parte de los profesionales en los siguientes términos. Comienza señalando que los sistemas de información de la historia clínica electrónica identificarán de forma inequívoca y personalizada a todo profesional que acceda o intente acceder a la información contenida en la historia clínica electrónica y verificarán su autorización. Se guardarán, como mínimo, la identificación del profesional de que se trate, la fecha y hora en que se realizó, la parte de la historia clínica electrónica a la que se ha accedido y el tipo de acceso.

Cuando regula el derecho de acceso del paciente a su historia clínica sigue lo establecido en la Ley 41/2002 de autonomía, pero añadiendo como novedad lo previsto en **Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999:**

Artículo 19. Extensión del derecho de acceso.-

1. El paciente tiene derecho de acceso a la información contenida en la historia clínica y a obtener copia de los informes o datos que figuran en la misma. Este derecho comprende, asimismo, la posibilidad del paciente de obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas sobre los mismos.

2. El derecho de acceso del paciente a los datos de su historia clínica no comprende la informa-

ción sobre los datos personales de las personas que, dentro del ámbito de organización del responsable del fichero, han podido tener acceso a la misma.

Este último párrafo, ajeno a cualquier norma jurídica previa, manifiesta expresa e inequívocamente que el paciente no tiene derecho a saber quiénes han podido acceder a su historia. Su redacción no es del todo clara. ¿Cuando menciona “los datos personales” de aquéllos que hayan accedido a la historia se refiere incluso a su mera identificación personal? Está claro que sí. Dato personal, según el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999 es “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Por añadidura, el artículo 5. 1 f) del Real Decreto 1720/2007, considera dato de carácter personal a “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

3.3.- La Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud

En la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se encuentra el denominado **Sistema de Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud**⁴. Su implantación se encuentra en estos momentos en fase de prueba en diferentes Comunidades Autónomas. Es un extenso documento en el que se explica el diseño efectuado por el Ministerio para establecer una historia clínica compartida que posibilite su uso por los centros asistenciales de España que atiendan a un mismo paciente, a fin de evitar la repetición innecesaria de exploraciones y procedimientos.

Centrándonos exclusivamente en el objeto de este artículo, es decir, en el alcance del derecho de acceso de los ciudadanos a sus historiales clínicos, hay que destacar que de forma explícita lo recoge en el punto 3, donde afirma que para los ciudadanos el sistema ofrece tres tipos de funcionalidades:

- Acceso a los conjuntos de datos personales sobre su salud
- Acceso al registro de accesos producidos a sus conjuntos de datos

⁴ <http://www.msps.es/profesionales/hcdsns/home.htm>

- La posibilidad de ocultar aquellos conjuntos de datos que no deben ser conocidos por profesionales distintos de quienes habitualmente le atienden.

En cuanto al segundo punto, literalmente afirma: “El ciudadano puede realizar el seguimiento de los detalles de los accesos realizados desde este sistema a sus propios conjuntos de datos, a fin de poder verificar la legitimidad de los mismos. Dispondrá para ello de información relativa al momento en que se realizó el acceso, Servicio de Salud, centro sanitario y servicio desde el que se realizó cada acceso, así como las características del documento electrónico accedido. Cada vez que un ciudadano haga uso de esta funcionalidad ejercerá como auditor externo del sistema, (...)”. Expresamente señala que esta información se proporciona para que cada ciudadano pueda llevar a cabo el control de su derecho a la confidencialidad.

4.- LA INTERPRETACIÓN DE LA AEPD RESPECTO AL DERECHO DE ACCESO AL “REGISTRO DE ACCESOS”

Como indudable origen de estas interpretaciones restrictivas de las normas sobre protección de datos, se encuentra el criterio reiteradamente manifestado por la AEPD. En sus informes jurídicos y en sus resoluciones expresa de manera inequívoca que los pacientes no tienen derecho a conocer quiénes han accedido a sus historiales médicos.

Resulta meridianamente claro y explícito el Informe Jurídico 171/2008. Un centro sanitario consulta si debe acceder a la petición realizada por una persona que pretende que se le proporcionen los datos de los trabajadores del centro que hubieran asistido a las personas a las que las historias clínicas se refieren. La AEPD contesta literalmente: “debe considerarse que el conocimiento de los concretos usuarios de la organización que hubieran accedido a los datos de carácter personal de la historia clínica no puede en ningún caso entenderse comprendido dentro del derecho de acceso a tribuido al afectado por la Ley Orgánica 15/1999, como ha tenido la ocasión de indicar esta Agencia Española de Protección de Datos en reiteradas resoluciones, (...). Por tanto, la revelación de los datos de los facultativos o personal que atendió a las afectadas no se encontrará amparada por el ejercicio del derecho de acceso, no procediendo otorgar el mismo en relación con este punto (...)”.

En los mismos términos se pronuncia la Reso-

lución R/02036/2010 de 7 de octubre de 2010 (Procedimiento TD/01057/2010). La interesada había solicitado a un centro hospitalario “los datos de las personas que hubiesen accedido a su historia clínica electrónica”. El hospital le niega la petición hecha, motivo por el cual presenta ante la Agencia de Protección de Datos una reclamación al entender que no ha sido atendido su derecho de acceso. La Resolución inadmite la reclamación esgrimiendo como única argumentación que “conforme a la LOPD el reclamante sólo puede solicitar sus propios datos personales, o los de aquellas personas cuya representación ostente”.

Idéntico criterio sostiene la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid cuando señala “En ningún caso constituyen datos de carácter personal, ni cesiones de datos realizadas, los accesos que los usuarios de la historia clínica, en el ejercicio de la actividad asistencial, hayan realizado a la misma. El criterio manifestado por esta Agencia en informes anteriores ha sido siempre que no se deben facilitar al solicitante del ejercicio del derecho de acceso el seguimiento de los accesos realizados a los ficheros en los que se encuentren sus datos de carácter personal”.⁵

A pesar de la rotundidad de estos informes merece la pena hacer una matización. La Agencia madrileña afirma que los accesos realizados por los trabajadores en el ejercicio de la actividad asistencial no son cesiones de datos. En clara contradicción con esta afirmación, la AEPD, en el informe jurídico 171/2008 antes citado señala que los artículos 16 y 18 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, regulan los supuestos en que se podrá producir la cesión de datos de la historia clínica, así como el modo en que podrá producirse el acceso a la misma. Respecto de las cesiones, dice la Agencia que el artículo 16 dispone los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. No sabemos si de manera consciente o no, la AEPD no duda en calificar el acceso por los profesionales como cesión y sin embargo, unas líneas después niega el derecho de los usuarios a conocer quiénes han accedido a sus historiales, cuando la regulación del derecho de acceso incluye literalmente el derecho a conocer quienes

⁵ “Contenido del ejercicio del derecho de acceso por parte de una paciente a su historia clínica”. Revista digital datos personales.org de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 50 11 de abril de 2011

son los cesionarios de los datos.

Ahora bien, quizá lo más sorprendente es que el solicitante lo que pretendía en este caso, era, además del acceso al contenido de unas historias, que se le proporcionasen los datos identificativos de los facultativos y personal que hubieran tratado a las pacientes. Es la propia AEPD la que afirma que “los datos a los que se refiere la consulta serían los relativos a los usuarios que hubieran accedido a los datos personales contenidos en la historia clínica”. Es decir, considera que quienes trataron a las pacientes son los mismos que accedieron a sus historias. Pues si esa es la interpretación sorprende aún más la negativa a proporcionar la información pedida, ya que se trata de un derecho expresamente reconocido por Ley.

En este sentido, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, en el artículo 5.1, e) dice. “Los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución”.

5.- CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS AJENOS EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal dedica el Capítulo I del Título X a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, configurándolos bajo varias formas de comisión. Así, en el artículo 197.2 se encuentra tipificada como delito la conducta de quien sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En este último párrafo se ha visto, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la penalización del acceso indebido a la Historia Clínica.⁶

6 GALLEGU RIESTRA, Sergio “Responsabilidad profesional y Gestión de Riesgos”. en Díaz de Santos (José M^a Antequera Vinagre): *Derecho y Sociedad. Dirección Médica y Gestión Clínica*. 2006, pag. 99-172. SÁNCHEZ CARO, Javier,

Fruto de la reforma del Código Penal realizada en 2010 es la redacción del punto 3 del mismo artículo: “El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años”.⁷

El apartado 4 del artículo 197 establece que “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”. Esta sería la figura delictiva de divulgación de secretos ajenos, diferente sustancialmente de la de descubrimiento que no exige divulgación de dato alguno y se consuma por el mero acceso cuando no tiene amparo legal.⁸

Finalmente, el Código (Art.197.6) establece como una forma agravada la comisión de estos delitos cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, en cuyo caso se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

Este artículo ha dado lugar a algunas sentencias condenatorias en casos directamente relacionados con datos de salud. En un primer caso el condenado es un periodista que accedió, en opinión del Tribunal, de forma ilícita a los registros informáticos de un centro penitenciario y difundió, posteriormente, que dos reclusos enfermos de sida estaban destinados en la cocina. La sentencia considera que aunque no dio datos que permitiesen su identificación, el delito de descubrimiento se consuma tan pronto como el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto como los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se quiebra la reserva que los cubre.⁹

SÁNCHEZ CARO, Jesús: *El Médico y la Intimidad*, Díaz de Santos. Madrid 2001, pag 116

7 Redacción según Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

8 GALLEGU RIESTRA Sergio, BOBES GARCÍA Julio. *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidad*; Grupo Ars XXI de Comunicación, S.L. Barcelona (España). 2006, pag. 37

9 Sentencia del Tribunal Supremo 234/1999, de 18 de febrero de 1999

También tiene especial interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca nº 11/2009, de 11 de febrero de 2009, que pone de manifiesto la severidad de las penas que impone el Código Penal para estos delitos. Un médico accedió a la historia clínica de otro médico, que a la vez también era paciente del mismo centro. El médico que realizó el acceso mantenía que lo hizo exclusivamente para conocer el nombre del médico de cabecera de su compañero, pero la Audiencia, a pesar de ello, le condena como autor de un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, multa de 21 meses, con una cuota diaria de 6€, e inhabilitación absoluta por un periodo de 9 años.

Esta Sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo mediante la Sentencia núm. 1328/2009 de 30 diciembre, por la que absuelve al médico coordinador. El Tribunal considera que sólo ha quedado probado que accedió al nombre del médico de cabecera del paciente y no considera que se trate de un dato sensible, calificándolo de dato administrativo, y en principio, inocuo. Así todo, lo que es relevante es el criterio judicial de que el acceso indebido a la historia clínica es constitutivo de un delito de descubrimiento de secretos al que cabe aplicar las formas agravadas al tratarse de datos de carácter personal relativos a la salud. En este caso concreto, lo que ha entendido el Tribunal Supremo es que efectivamente no se produjo el acceso a esos datos de salud que son los realmente sensibles.

Además de estas sentencias comentadas, hemos tenido oportunidad de ver otros pronunciamientos judiciales y administrativos que condenan expresamente el acceso indebido a la historia clínica.¹⁰

Existe un último hecho absolutamente trascendente para nuestro estudio. El Código Penal establece que para perseguir estos delitos es necesario que exista denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo que el autor fuera autoridad o funcionario público.

10 Sentencia núm. 70/2009 de 23 marzo del Tribunal Constitucional (Sala Primera). STSJ Extremadura 1932/2002 de 25 de noviembre (Jurisdicción: Contencioso-Administrativa). Sentencia núm. 467/2009 de 4 noviembre de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Jurisdicción Civil). Sentencia núm. 507/2011 de 4 octubre de la Audiencia Provincial de Valencia (Jurisdicción Penal) y Dictamen 188/2008 del Consejo de Estado.

6.- EL DERECHO DE ACCESO A LOS REGISTROS Y ARCHIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Al margen de las normas vistas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren. Por tanto, esta sería otra posibilidad para obtener los listados de acceso a las historias clínicas aunque teniendo que discutir numerosos matices que ahora no pretendemos abordar. Esto implicaría que para conocer quiénes han entrado en su historia, los ciudadanos también podrían recurrir a esta vía, si bien es cierto que teniendo que entrar en un procedimiento administrativo mucho menos contundente y expeditivo que la vía penal. Simplemente dejamos apuntada la posibilidad y el hecho de que todo el ordenamiento jurídico, de manera global, manifiesta una inequívoca tendencia a garantizar el derecho de los ciudadanos a obtener cuanta información tienen sobre ellos las administraciones.

7. DISCUSIÓN

Si algo parece que está meridianamente claro en nuestro ordenamiento jurídico es que el derecho a la libertad informática supone el derecho a controlar el uso de los datos incluidos en un programa informático y esto, en la práctica, implica que el interesado podrá exigir del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele, si hubiera lugar a ello. Por este motivo, las normas de protección de datos reconocen explícitamente el derecho de los ciudadanos a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

La Ley de autonomía del paciente y documentación clínica regula de forma taxativa quiénes y por qué motivos pueden acceder a una historia clínica, dejando así claro qué accesos no están autorizados. Los numerosos motivos que justifican la legitimidad

para entrar en una historia se pueden resumir en dos principios: El de vinculación asistencial y el de proporcionalidad, marcando entre ambos quién, cuándo y hasta dónde se puede acceder. No puede olvidarse que la propia ley establece que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Por otra parte, las leyes obligan a que queden identificadas, inequívoca y personalmente, todas las personas que acceden a una historia clínica. De cada acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado. Esto es lo que de manera clara y didáctica se expresa diciendo que debe quedar registrado: “Quién, cuándo, desde dónde y a qué”.

En algunas normas reguladoras de la historia clínica, como es el caso de la norma de la Comunidad Autónoma de Galicia, se establece la posibilidad de que dentro de la historia se creen, a petición del paciente, módulos de especial custodia para que los datos clínicos incluidos en ellos queden vedados incluso a otros profesionales que accedan a la historia, de modo similar a como la aplicación OMI contiene la posibilidad del uso del “Yo sólo”. Las entradas en estos módulos quedarán singularizadas, creando así un doble registro de accesos. Esto se hace con el fin de permitir una mejor identificación de los accesos producidos y poder realizar auditorías específicas.

Llegados a este punto, podemos afirmar que para garantizar el derecho a la intimidad de los pacientes, el ordenamiento jurídico obliga a que exista un registro que ha de conservarse, al menos, durante dos años, en el que ha de constar, entre otros datos, la identificación de cuantas personas hayan accedido a la historia clínica. Incluso por parte de alguna comunidad autónoma se ha reforzado esta protección creando un doble sistema de registro, cuando pudiera producirse una trasgresión de datos especialmente dignos de protección. El propio Ministerio de Sanidad, al diseñar la Historia Clínica Digital para el Sistema Nacional de Salud, ha incluido la posibilidad de que el paciente pueda acceder digitalmente a este “registro de accesos”.

Sin embargo, no todo está tan claro. Si empezamos a leer la letra pequeña empiezan a aparecer las sorpresas. El Ministerio de Sanidad proclama sin pudor que el ciudadano actúa como auditor externo

del sistema para verificar y auditar el correcto cumplimiento de la ley en relación con los accesos que se hayan podido realizar por terceros a sus propios datos. Sin empacho ninguno afirma que el ciudadano puede realizar el seguimiento de los detalles de los accesos realizados desde este sistema a sus propios conjuntos de datos, a fin de poder verificar la legitimidad de los mismos, pero la sorpresa aparece cuando dice, a continuación, que “Dispondrá para ello de información relativa al momento en que se realizó el acceso, Servicio de Salud, centro sanitario y servicio desde el que se realizó cada acceso, así como las características del documento electrónico accedido”. Vemos que el paciente tiene derecho a saber desde dónde se accedió y a qué, pero no quién accedió. El Ministerio de Sanidad desarrolla una herramienta de historia clínica digital para todo el país y de antemano considera pomposamente a los ciudadanos auditores externos del sistema, para, a reglón seguido, decir que no tienen derecho a saber quiénes concretamente han accedido legal o ilegalmente a sus datos de salud. ¿Si alguien detecta que se han producido accesos desde un servicio correspondiente a un centro sanitario de un Servicio de Salud en el que no ha estado en nunca, tiene algún derecho más? ¿Puede garantizar el Ministerio que el “paciente-auditor-externo” tiene alguna posibilidad de exigir la identidad de quienes, incumpliendo la Ley, han accedido a sus datos de salud? Tan sólo con leer el texto editado por el departamento ya se contestan las preguntas. En ningún momento habla de identificaciones personales de los intrusos en la intimidad.

De todos modos esto no es nuevo. Hace ya años que la Agencia Española de Protección de Datos viene interpretando que los pacientes no tienen derecho a saber quiénes han accedido a su historia clínica. Afirma, de manera rotunda y reiterada, que la revelación de los nombres de los facultativos o personal que atendió a un paciente no se encuentra amparada por el ejercicio del derecho de acceso. En un caso concreto, asimila, con pleno sentido común, a los profesionales que atendieron a un paciente con los que accedieron a su historia y sin embargo, a continuación, considera que el paciente no tiene derecho a conocer sus identidades. Esto es un sinsentido, máxime si tenemos en cuenta que la Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias, establece que los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atiendan. Es difícil poder decirlo más claro. Si el paciente tiene derecho a conocer el nombre de quien le trata y la AEPD

entiende que eso es sinónimo de conocer quiénes han accedido a su historia clínica, resulta inexplicable que se le niegue el referido derecho.

El problema es que las tesis restrictivas de la AEPD, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad Autónoma de Madrid y del propio Ministerio de Sanidad están propagándose. Recientemente, la norma reguladora de la historia clínica de la Comunidad de Castilla La Mancha ha abierto el fuego de lo que pudiéramos calificar de normas autonómicas restrictivas del derecho de acceso a los “registros de acceso”. Niega al paciente el derecho a recabar la identificación de las personas que, dentro del ámbito de organización del responsable del fichero, hayan podido tener acceso a la misma.

Lo que no deja claro la norma castellano manchega es si sólo excluye del derecho de acceso a los ciudadanos los datos identificativos de quienes han accedido legítimamente a la historia en el ejercicio de sus funciones “dentro del ámbito de organización del responsable del fichero” o si la exclusión es extensiva a todos aquellos que hayan accedido a la historia debida o indebidamente. ¿Significa esto que la administración sanitaria se está atribuyendo la competencia de determinar qué accesos se han efectuado en el ejercicio de funciones y cuáles no, de manera que informará al usuario de los accesos que ella considere que no se han ejercido dentro del ejercicio de las correspondientes funciones o por el contrario no piensa informar de ningún acceso cualquiera que sea su calificación? Sea de una manera u otra, lo cierto es que de manera expresa declara que los ciudadanos no tienen derecho a saber quiénes han accedido a sus historiales clínicos.

Del amplio derecho a saber “Quién, cuándo, desde dónde y a qué”, que inicialmente parecía un inequívoco derecho declarado por el ordenamiento jurídico y su interpretación por los más altos tribunales del Estado, hemos pasado al “cuándo, desde dónde y a qué”, haciendo desaparecer como por arte de magia el “Quién”. Cómo si ello no fuera lo más relevante.

Decimos que el “quién” es lo más relevante porque el Código Penal establece que el acceso a la historia clínica por quien no esté legitimado para ello, es un delito. Delito que se consuma por el mero acceso sin necesidad de divulgar los datos a los que se haya accedido, lo que constituiría otro delito diferente. Además, se trata de un delito sólo perseguible mediante denuncia de la víctima, con la excepción de que el autor sea un funcionario público. Esto signi-

fica que los accesos indebidos a una historia clínica quedarán impunes si el paciente no tiene conocimiento de la identidad de los autores para poder denunciarlos. Tan sólo en el caso de que los autores del delito fuesen trabajadores públicos cabría la posibilidad de iniciar acciones contra ellos, pero ello dependería de que los responsables del fichero conociesen los hechos y los pusiesen en conocimiento de la autoridad judicial. Es decir, una vez más la defensa de los intereses del paciente quedaría en manos de la administración sanitaria.

7.- CONCLUSIONES

El problema que se plantea es determinar si el paciente tiene derecho o no a conocer quiénes han accedido a su historia clínica como una forma de garantizar su derecho a la protección de datos y a la intimidad.

Del conjunto de normas que regulan la protección de datos y la historia clínica se extrae de forma indubitada que el paciente tiene derecho a que, además de que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley.

Las leyes regulan de forma taxativa quiénes y por qué motivos se puede acceder a una historia clínica y obligan a que queden identificadas, inequívoca y personalmente, todas las personas que acceden, debiendo quedar esto anotado en un registro que ha de conservarse.

El Código Penal, y en consonancia con él, la jurisprudencia, considera constitutivo de delito el acceso a la historia clínica por quien no esté autorizado para ello y se trata de un delito, en principio, que para su persecución exige denuncia de la víctima.

La única forma que existe para garantizar que el paciente pueda ejercer las acciones pertinentes para proteger su derecho a que no se produzcan intromisiones ilegítimas en su intimidad, en forma de accesos indebidos a la historia clínica, es reconociendo su derecho de acceso al registro de los accesos producidos y que pueda solicitar cuanta información estime pertinente sobre la legitimidad de los mismos. No vemos inconveniente en entender que los accesos son equiparables a las cesiones, tal como hace en alguna ocasión la propia AEPD o bien considerando este derecho como una figura independiente y desligada del derecho de acceso a los ficheros informáticos, pero

proporcionando los listados de usuarios a fin de garantizar realmente la protección de la intimidad.

Si la actual regulación legal no bastase para reconocer el derecho de los pacientes a saber quiénes han tenido acceso a sus historiales médicos, los centros e instituciones sanitarias tiene el deber ético de hacer una interpretación de las normas que resulte favorable a esta pretensión. Los intereses en juego así lo exigen. No comprendemos cuáles son los bienes en confrontación. Frente al derecho a la intimidad del paciente se está oponiendo un inexistente derecho de los profesionales, que han accedido lícitamente para el desempeño de su actividad, a que no se lleve a cabo su identificación personal, contraviniendo así de forma expresa lo establecido en la ley. Sería impensable que lo que se pretende defender es la no identificación de quienes han accedido indebidamente, es decir, delictivamente.

Las interpretaciones restrictivas que propugnan la AEPD, el Ministerio de Sanidad y alguna norma autonómica, no son más que trabas con escaso sustento legal y que tan sólo conducirán a una mayor judicialización de las relaciones de los ciudadanos con el sistema sanitario. La situación de indefensión en la que queda el ciudadano es tal, que como decíamos al principio, solo cabe el recurso a la jurisdicción penal para tratar de dar solución a una inexplicable situación de hecho. Salvo que los ciudadanos estén dispuestos a dejar en manos de los centros sanitarios la decisión sobre la legalidad de los accesos a sus historias, si se les niega, cuando así lo soliciten, el conocimiento de quiénes han tenido acceso a las mismas, se verán obligados a interponer las correspondientes denuncias en busca del amparo judicial.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

*Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**
Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha.*

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 1 DE JULIO DE 2010. PRECIOS PÚBLICOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELABORACIÓN DE DISPOSICIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER GENERAL

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 78/2008 por el que se aprueban los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la gerencia Regional de Castilla y León a pacientes no beneficiarios de la Seguridad Social. Dicha impugnación descansa sobre tres argumentos:

- a) vulneración de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa.
- b) la cuantía de los precios públicos se ha determinado de forma contraria a las previsiones de la Ley General de Sanidad.
- c) vulneración del procedimiento legalmente establecido por falta de audiencia a las entidades aseguradoras.

La primera de las alegaciones no puede sostenerse ya que no podemos entender aplicable la reserva de ley del artículo 31.3 de la CE por la sencilla razón de que los precios públicos que instaura esta norma reglamentaria no participan de la naturaleza de “*prestaciones patrimoniales de carácter público*”. El Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia 185/1995, que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público, y “*en el supuesto enjuiciado ni hay duda de que los servicios o actividades que se discuten no solo no son coactivamente impuestos sino que también son realizados o prestados por el sector privado...*”.

Tampoco prospera la alegación de que no se han respetado los trámites procedimentales previstos por el Ordenamiento Jurídico para la elaboración y aprobación de disposiciones administrativas de carácter general, en concreto el procedimiento regulado en la Ley 50/1997, aplicable con carácter supletorio en la comunidad autónoma de Castilla y León.

El trámite de audiencia previsto en el art. 24 de la citada ley estatal lo es respecto de los ciudadanos que vean sus derechos e intereses legítimos afectados, bien directamente, bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas, sin que ASISA merezca la consideración de organización y asociación y menos que represente a sus asegurados.

La aprobación de un cuadro de precios públicos por prestación de asistencia sanitaria a terceros obligados al pago, permite prescindir de las reglas del derecho civil que disciplinan el ejercicio de la acción de resarcimiento reconocida a favor de los Servicios de Salud por el artículo 83 de la LGS, artículo 127.3 del TRLGSS, y el anexo IX del RD 1030/2006, de 15 de septiembre de 2006, y en su lugar, aprovechar el régimen de prerrogativas y exorbitancias que tiene reconocidas la Administración Pública.

Ahora bien, y en relación con la cuestión de la naturaleza jurídica de este tipo de ingresos, ha existido una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del TS -**Sentencias de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988, 30 de enero de 1990 y 30 de julio de 1991**- que consideraba que cuando el INSALUD – léase ahora Servicio de Salud- realiza una actividad médico-sanitaria a un particular, no actúa en el ejercicio de su “*imperium*” ni realizando una actividad de servicio público, sino como empresario obligado a lograr la curación del enfermo, por lo que se deberían incardinar este tipo de cuestiones en el seno de las relaciones jurídico privadas a los efectos de reclamar las oportunas prestaciones recíprocas (STS 27/02/1995).

2.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2010. EXTENSIÓN DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA

El origen de la cuestión litigiosa se encuentra en la desestimación por la Administración sanitaria de la solicitud de reembolso de gastos por la adquisición de los elementos imprescindibles para el funcionamiento de un implante coclear. La negativa de la Administración se fundamenta en que el catálogo de prestaciones sanitarias constituye un listado cerrado, y que si bien los implantes cocleares están incluidos como prótesis quirúrgicas fijas, no sucede en cambio lo mismo con los componentes y repuestos.

La Sala no comparte el criterio de la Administración, al menos en lo que relativo a la prestación ortoprotésica, ya que realiza una interpretación amplia del art. 108 de la LGSS de 1974 (aún en vigor con carácter transitorio) y que dispone que *“la Seguridad Social facilitará en todo caso, las prótesis...así como su oportuna renovación”*. Conforme al parecer del TSJ, no podemos diferenciar ese tipo de prótesis de los elementos o accesorios necesarios para su funcionamiento, pero es que además entenderlo de forma contraria pugnaría con la finalidad propia de este tipo de prestación sanitaria, pues para lograr su objetivo -sustituir una estructura corporal o corregir/facilitar su función- la prestación ortoprotésica deberá alcanzar necesariamente los elementos accesorios para su satisfacción.

En cualquier caso, hoy día no se podría denegar por la Administración una petición de similares características ya que la Orden de 28 de mayo de 2010 ha incluido dentro de la cartera de prestaciones, *“la renovación de los componentes externos: procesador externo, micrófono y antena”*.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE CANTABRIA, DE 4 DE OCTUBRE DE 2010. ASUNCIÓN DE TÉCNICAS SANITARIAS AVANZADAS POR LOS SERVICIOS DE SALUD

Paciente, con antecedentes familiares de cáncer de próstata, al que se le practica una biopsia que da resultado positivo. Se le comunica por el Servicio de Salud la posibilidad de practicar la intervención a través de la técnica del robot Da Vinci, no disponible en la Comunidad Autónoma de Cantabria pero sí en cambio en el Hospital San Carlos de Madrid. Sin embargo poco tiempo después se le comunica la imposibilidad de emplear la referida técnica, y el paciente sin solicitar autorización alguna, acude a un centro sanitario privado donde es intervenido mediante el empleo del referido robot.

Es criterio jurisprudencial consolidado que la cobertura del sistema no es plena ya que quedan excluidas técnicas que sólo son accesibles y disponibles más allá de nuestras fronteras, en países más avanzados que posean un nivel científico y un desarrollo técnico superior, pero no aquellas otras técnicas que están disponibles en nuestro país aunque se dispensen en clínicas privadas, siempre que se trate de técnicas cuya utilización haya sido aprobada por la Administración (STS de 20 de diciembre de 2001), sin que tampoco pueda entenderse que concurre dicha obligación por parte de la Administración cuando se trata de servicios de un especial facultativo o centro sanitario solo accesibles a algunos y no a todo el colectivo al que extiende su protección el sistema sanitario público (STS de 31 de octubre de 1988).

En el caso de autos, la técnica en cuestión estaba disponible en el Hospital Clínico San Carlos y en la red sanitaria privada. El problema fundamental surge por el abandono voluntario por el paciente de los recursos proporcionados por el Sistema Nacional de Salud acudiendo a un centro hospitalario privado por su propia voluntad, sin ser autorizado para ello y sin que constase la necesidad o la oportunidad de dicha intervención.

Como dice la Sala *“aún resultando humanamente comprensible la decisión del actor de acudir a la medicina privada, lo cierto es que no procede acceder a su pretensión de reembolso de gastos, al haber optado por la medicina privada sin dar a la Entidad demandada margen para evaluar su situación”*.

Como dice la Sala *“aún resultando humanamente comprensible la decisión del actor de acudir a la medicina privada, lo cierto es que no procede acceder a su pretensión de reembolso de gastos, al haber optado por la medicina privada sin dar a la Entidad demandada margen para evaluar su situación”*.

4.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE JUNIO DE 2011. COMPENSACIÓN ECONÓMICA A LA COMUNIDAD DE MADRID POR SU COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La Comunidad de Madrid reclama una compensación económica que asciende a 149 millones de euros en concepto de prestación de asistencia sanitaria (contingencias comunes) como entidad colaboradora en la gestión de la SS (art. 77.1.b) de la LGSS) a través de la Unidad de Prestaciones Asistenciales durante el período comprendido entre 2004 y 2008.

La Ley 2/2008 ha suprimido el mencionado precepto legal, y por tanto la posibilidad de que se puedan articular nuevas relaciones de colaboración voluntaria en la gestión de la prestación sanitaria con la Administración de la Seguridad Social, pero ¿qué sucede respecto de las relaciones ya existentes?

¿Se puede entender, como hace el Abogado del Estado, que una vez culminado el proceso de separación de las fuentes de financiación del S. De SS en 1999, desaparece la eficacia de este artículos, y por consiguiente de la modalidad de colaboración voluntaria? Ley 2/2008 ha suprimido el mencionado precepto legal, y por tanto la posibilidad de que se puedan articular nuevas relaciones de colaboración voluntaria en la gestión de la prestación sanitaria con la Administración de la Seguridad Social.

El juego de las Disposiciones Transitorias (En primer lugar la Disposición Transitoria 6ª de la ley 66/1997, y después de la DTª Cuarta de la Ley 2/2008), permiten entender que la colaboración interadministrativa mantenida durante esos cuatro años encontraría amparo en las referidas disposiciones, amén de la relativización de la afirmación realizada por el Abogado del Estado, ya que, refiriéndose a las mentadas disposiciones transitorias, *“no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración, ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora”*.

5.- SENTENCIA DEL TSJ DE LA RIOJA DE 4 DE MAYO DE 2011. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MEDICAMENTOS

Se impugna la Resolución dictada por la Consejería de Salud de La Rioja por la que se acuerda que la dispensación de determinados medicamentos se lleve a cabo exclusivamente en los Servicios de Farmacia Hospitalaria, estableciéndose que la prescripción de tales medicamentos corresponde exclusivamente a los médicos adscritos a los servicios de atención especializada del Sistema Público de Salud de la Rioja.

En cambio, las recetas médicas oficiales de otros servicios de salud para pacientes desplazados continuarán dispensándose en las oficinas de farmacia.

No se discute la bondad de la medida, el contenido dispositivo de la resolución cuestionada, sino la falta

de competencia del Consejero para aprobar una medida de semejante calado.

¿Estamos ante una materia que es competencia del Estado, o por el contrario cabe entender que la gestión de la prestación farmacéutica quedó incluida dentro de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma a raíz del traspaso de las funciones y servicios del INSALUD?

Si analizamos el contenido del Real Decreto de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD, se aprecia que en el mismo se indica que entre las competencias que permanecen en el ámbito de la titularidad estatal se encuentran todas las actuaciones previstas en el artículo 40 de la Ley General de Sanidad, como *“la reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario (...) La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior...”*.

Por otra parte, la Sala recuerda que entre las competencias que tenía el ya desaparecido INSALUD, no figuraban las funciones normativas, sino ejecutivas y de gestión y administración.

La Constitución en sus artículos 149.1.1 y 149.1.16, la Ley 29/2006, de 26 de julio en su artículo 24.2, y el nuevo apartado 4 en el artículo 2 del Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, introducido por el Real Decreto-Ley 4/2010, de 26 de marzo, dejan patente que este tipo de decisiones solo pueden ser adoptadas por el Ministerio de Sanidad, que es el que *“podrá acordar el establecimiento de reservas singulares en el ámbito del Sistema Nacional de la Salud, consistente en limitar su dispensación, sin necesidad de visado, a los pacientes no hospitalizados, en los Servicios de Farmacia de los Hospitales”*.

6.- SENTENCIA DEL TS DE 7 DE ABRIL DE 2011. TERAPIAS NATURALES

Hagamos memoria y retrocedamos en el tiempo a la **STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2009** que anulaba el Decreto por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales, y ello por entender que la normativa estatal establece que las actividades sanitarias sólo pueden ser ejercitadas por profesionales sanitarios y en los establecimientos sanitarios reconocidos por lo que

no procede admitir el Decreto catalán ya que éste lo que hace es reconocer el ejercicio de actividades materialmente sanitarias a profesionales no sanitarios y en establecimientos no sanitarios.

El voto particular de la sentencia establecía que:

a) Este Decreto no regula título académico o profesional sino un título administrativo para ejercer un oficio. Hasta aquí, de acuerdo.

b) Estamos en materia sanitaria, aunque en el voto particular discrepan de que la legislación básica sea la referida por la sentencia ya que entienden que no hay absolutamente nada al respecto, y sin que se puedan deducir tales bases de la normativa invocada por el TSJ, ya que la actividad que se regula no se puede considerar estrictamente como sanitaria.

c) El propio Tribunal Supremo ya dijo en relación con este reglamento estatal que lo que éste regula al contemplar la creación de unidades no convencionales es *“el ejercicio terapéutico por medios no convencionales atribuyendo a un profesional licenciado en medicina la responsabilidad de la corrección del tratamiento empleado, sin alterar ni suponer titulaciones o capacidades para el ejercicio de esa terapia no convencional...”*.

Poco éxito tuvieron los magistrados discrepantes, tanto antes como ahora, una vez que conocemos el criterio del T. Supremo exteriorizado a través de la **STS de 7 de abril de 2011**, y que reproduce en esencia los mismos argumentos que los empleados por el TSJ para confirmar la nulidad del decreto autonómico, a saber:

a) Que las terapias naturales tienen la misma naturaleza que una actividad sanitaria.

b) Que como tales, deben quedar integradas en el sistema sanitario.

c) Que la regulación que se haga de tales terapias debe serlo en el ámbito de la legislación básica del Estado, en la que se integra el RD 1277/2003.

d) Conforme al citado reglamento, el ejercicio de tales actividades debe realizarse bajo la vigilancia y el control de personal sanitario y en instalaciones que tengan la consideración de centros sanitarios.

REINTEGRO DE GASTOS

1.- SENTENCIA DEL TJUE DE 27 DE OCTUBRE DE 2011.

Planteamiento

Sentencia dictada a resultas del recurso interpuesto por la Comisión contra la República de Portugal por la falta de regulación del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios, y el incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 49 de la CE.

La cuestión principal reside en determinar si la legislación portuguesa satisface o no las exigencias en materia de reembolso de gastos médicos por asistencia sanitaria no hospitalaria prestada en el territorio de otro Estado miembro, que derivan del artículo 40 del TUE.

En concreto el TJUE analiza dos modalidades de atención sanitaria no hospitalaria conforme a las previsiones contenidas en la legislación de nuestro país vecino:

a) La asistencia no hospitalaria altamente especializada, que se supedita a la obtención de una triple autorización administrativa.

b) La asistencia no hospitalaria, para la que el Derecho portugués no prevé posibilidad alguna de reembolso, salvo en las circunstancias previstas en el Reglamento nº 1408/71.

Inaplicación del art. 49

La primera de las alegaciones realizadas por la República Portuguesa, negar la aplicación del artículo 49 del TUE en materia de asistencia sanitaria transfronteriza, es rechazada sin mayor problema por el Tribunal comunitario pues *“una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 de la CE porque el paciente solicite a un servicio de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido”*.

Al hilo de esta primera alegación, aprovecho la ocasión para advertir de las dos posibles vías a través de las cuales cabría canalizar el debate sobre la asistencia sanitaria transfronteriza: el art. 49 del TUE, que encuentra su correlato normativo en la Directiva 2011/24 –de la que por cierto no encontramos mención alguna en la sentencia objeto de comentario- y

los Reglamentos comunitarios en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social.

En este caso, el debate se ha planteado en los términos del art. 49 de la CE, que se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro.

Alegaciones

Respecto de la primera modalidad de asistencia no hospitalaria, la triple autorización previa que contempla el derecho portugués para la obtención del reembolso de gastos –informe médico detallado favorable elaborado por el médico que asiste al paciente, la aprobación de ese informe por el director médico, y la decisión favorable del Director General de hospitales– constituye un factor disuasorio para la asistencia sanitaria transfronteriza, sin que quepa aceptar el argumento de que este procedimiento es comparable al establecido en el país para la remisión del paciente a un médico especialista.

Motivo: el acceso a la asistencia especializada en el territorio nacional depende tan solo de una certificación de su necesidad clínica y no de una triple autorización.

Idéntico destino le depara al segundo de los alegatos en defensa del Derecho portugués, el de traer a colación el famoso art. 22 del Reglamento comunitario 1408/71, que sí que exige el requisito de la autorización previa para que el paciente pueda desplazarse al territorio de otro Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria.

Motivo: el artículo 22 citado no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivo de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro, y por tanto, no impide en modo alguno el reembolso de los gastos por parte de los Estados miembros.

Tercer alegato: el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema de seguridad social. La exigencia del requisito de la autorización previa basada en este argumento es admitida por el TJUE para casos determinados como son la asistencia sanitaria hospitalaria o en el caso de la asistencia médica que, aunque pueda prestarse fuera de un ámbito hospitalario, necesite la utilización de equipos materiales pesados y onerosos.

Sin embargo, en lo que atañe a la asistencia sanitaria no hospitalaria que no requiere de la utilización de “*equipos pesados y onerosos*”, no parece que se pueda justificar la implantación de este requisito fundado en este mismo tipo de razones, pues como dice el TJUE “*no resulta que la supresión de la exigencia de autorización previa para este tipo de asistencia pueda provocar, a pesar de las barreras lingüísticas, la distancia geográfica y los gastos de estancia en el extranjero, desplazamientos transfronterizos de pacientes de tal importancia que resultara gravemente perturbado el equilibrio financiero del sistema de seguridad social portugués*”.

Los otros argumentos invocados por el Estado luso también se ven avocados igualmente al fracaso- la alegación de que la exigencia de la autorización previa es necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones recibidas, y el argumento basado en las características esenciales del Sistema Nacional de Salud portugués- por lo que cabe concluir que “*La República portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 CE, al subordinar en el Decreto-Ley 177/92 a la concesión de una autorización previa el reembolso de los gastos realizados en otro Estado miembro por la asistencia no hospitalaria altamente especializada que no requiere de equipos y materiales pesados y onerosos*”.

Asistencia Sanitaria no hospitalaria

Pero, ¿qué sucede con la asistencia no hospitalaria distinta de la anterior? Pues que sencillamente la legislación portuguesa no establece ningún tipo de posibilidad de reembolso de gastos, “*la consulta de un médico de atención primaria o de un dentista, no está prevista en forma alguna*”.

Como ya he dejado apuntado, la sentencia no realiza ninguna referencia a la Directiva 2011/24 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, cuando dicha directiva sí que aborda esta cuestión relativa a la procedencia del requisito de la autorización previa para los desplazamientos de pacientes en su art 8.

El citado art. 8 de la Directiva establece que el requisito de la autorización será imprescindible cuando la asistencia sanitaria:

a) requiera necesidades de programación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Esta-

do miembro interesado, o el deseo de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y i) suponga que el paciente tendrá que pernoctar en el hospital al menos una noche o ii) exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.

b) entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población.

c) sea prestada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados, a excepción de la asistencia sanitaria sujeta a la legislación de la Unión que garantiza un nivel mínimo de seguridad y calidad en toda la Unión.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DEL TS DE 18 DE OCTUBRE DE 2011.

La Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física impugna la Orden de 3 de julio de 2008, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Fisioterapeuta.

El recurso fue desestimado por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, sentencia que la mencionada asociación recurre en casación solicitando que se declare la nulidad de la Orden ya que atribuye a los fisioterapeutas unos cometidos propios de los médicos, como sería el caso del “conocimiento de la patología”, “valoración diagnóstica de cuidados de fisioterapia”, “elaborar el informe de alta de los cuidados de fisioterapia”...

El quid de la cuestión radica en la distinción entre lo que es “titulación académica” y lo que significa “profesión”, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias anteriores “el mero hecho de que los planes de estudio recojan las condiciones que habiliten para el ejercicio de una profesión, no se deduce que se regule el ejercicio profesional de la misma, ni que trate de regular el ejercicio de una profesión”.

A partir de esta premisa, y teniendo presente el prin-

cipio transversal de la LOPS que impregna el ejercicio de las profesiones sanitarias, a saber la conservación, mantenimiento y restablecimiento de la salud de las personas, resulta impensable que los fisioterapeutas no puedan adquirir las competencias precisas para prestar los cuidados propios de su disciplina, y entenderlo del modo que plantea la Asociación médica supondría, según nuestro Alto Tribunal, compartimentalizar las funciones de los distintos profesionales sanitarios y, a la larga, la desintegración del proceso asistencial entre cada uno de los distintos profesionales, todo lo contrario a lo que debe ser una asistencia sanitaria integral.

En definitiva, una cosa es regular las funciones propias de cada profesión y atribuirse funciones específicas reservadas a otras profesiones, y otra bien distinta fijar los conocimientos que deben adquirir los fisioterapeutas con el fin de adquirir la capacitación necesaria para el ejercicio de su profesión.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR AEPD Nº PS/00353/2010

La Agencia Española de Protección de Datos entra a conocer, a raíz de la denuncia presentada por una paciente, de la supuesta falta de medidas de seguridad, exigidas por el RD 1720/2007, para el envío de información personal de carácter sanitario.

En el caso en cuestión, la denunciante acudió a un centro de angiología y cirugía vascular como paciente asegurado por una compañía de seguros, y tras la realización de una prueba médica se estimó la necesidad de practicar una intervención quirúrgica, siendo preciso para ello, enviar a la compañía un informe médico en el que se acreditase la necesidad de dicha intervención.

El problema se plantea cuando se advierte que la remisión de los datos médicos de la interesada se efectuó por medio de un fax no encriptado. Como dice la AEPD “No hay duda de que el informe remitido a la compañía aseguradora contenía datos personales relativos a la salud de la denunciante y que se envió por medio de fax. Este procedimiento no permite garantizar que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros, tal como expresa el artículo 104 del Reglamento de la LOPD, lo que lleva a la conclusión de que las medidas de seguridad no evitaban el acceso de personas no autorizadas a los datos

de carácter personal relacionados con la salud”.

2.- SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2011 DE LA AN

Los hechos acaecidos en el presente caso tienen lugar el 12 de Septiembre del 2008, cuando la Agencia tuvo conocimiento del hallazgo en vía pública de envases con biopsias médicas. Concretamente el vertido encontrado en la vía pública constaba de tres bolsas en las que se encontraban un total de 41 botes de plástico, con sus respectivas etiquetas en las que aparecía información relativa al número de Historia Clínica; Nombre y apellidos del paciente; Sociedad Médica o facultativo; Tipo de tejido e incluso diagnóstico.

La Agencia Española de Protección de Datos, inició expediente sancionador que dio lugar a una sanción para el dueño de la Clínica por importe de 60.101,21€; contra dicha sanción se interpuso recurso por el afectado y que fue desestimado por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN.

El dueño de la clínica sancionada reconoció que los restos encontrados procedían de su consulta y que estos se encontraron en la basura por un error padecido por la persona que desempeñaba tareas de limpieza en la basura. La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional entiende adecuada la sanción interpuesta por la Agencia ya que al tratarse el presente caso de botes con muestras orgánicas relativas a pacientes resulta de aplicación el artículo 17.5 y 6 de la ley 41/2002 sobre derechos del paciente que establecen que “5. *Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen* 6. *Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y en general, por la LOPD.*

Igualmente nos recuerda la presente resolución que el concepto de “dato de salud” recogido en el art. 5.1 del Reglamento de la LOPD resulta aplicable al caso presente, y en relación a la infracción imputada al recurrente, también el artículo 10 de la LOPD al establecer que “*El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun*

después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”, siendo notorio en el presente caso que se produjo la divulgación imputada ya que los datos médicos estuvieron a disposición de quien los localizó, la mujer de la limpieza, quién extrajo los frascos con datos médicos del contenedor de basuras en que fueron posteriormente localizados por la policía.

Sin embargo, la afirmación realizada de considerar que los “*botes con muestras orgánicas relativas a pacientes, claramente es documentación clínica*”, no lo llegó a compartir, y en este punto cabría traer a colación la **sentencia del TSJ de Cantabria de 16 de mayo de 2001** – aunque sea anterior a la Ley 41/2002-.

En este último caso se trataba de una paciente a la que se realizan varias biopsias. Solicita del Hospital que se le haga entrega de las preparaciones histológicas de las biopsias. El juzgado reconoció este derecho fundándolo en el derecho de información clínica del paciente en el derecho a estar informado de su historia clínica, lo que comprende la entrega de las pruebas histológicas.

El Tribunal analiza el contenido de este derecho de información desde la regulación recogida en el ya veterano artículo 10 de la Ley General de Sanidad, para llegar a la conclusión que el derecho de acceso a la HC no comporta en modo alguno que pueda servir de fundamento para una petición de estas características por tratarse de conceptos que responden a realidades completamente distintas. Si se quiere estar informado, lo que sí se debería solicitar y entregar es el informe anatómopatológico en el que se recogen las conclusiones diagnósticas, pero no los fragmentos de tejidos.

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2011. SALA DE LO SOCIAL. DERECHO A LA INTIMIDAD Y USO DE INTERNET EN EL TRABAJO PARA FINES PARTICULARES

Empresa que realiza una auditoría interna con el propósito de revisar la seguridad del sistema y la correcta utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores. Como resultado de esta inspección se constató que el demandante había accedido reiteradamente a páginas de contenidos no profesionales durante su jornada laboral. Por esta razón fue despedido por motivos disciplinarios (artículo

lo 54.2.d) TRET))

Según la doctrina del TS contenida en esta sentencia, que invoca a su vez la doctrina de la Sentencia de 26 de septiembre de 2007, el control de los medios informáticos por parte del empresario debe observar los siguientes requisitos:

1. La empresa debe establecer previamente las reglas de uso de estos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales).
2. Se debe informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios y medidas que van de adoptarse para garantizar la efectiva utilización laboral. Ello sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de ciertas conexiones.
3. Asimismo el Tribunal establece de forma implícita que debe tratarse de controles generalizados y no dirigidos a uno o varios trabajadores en concreto.

Pero además de estas cautelas, resulta de interés destacar igualmente **la importancia de no vulnerar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador**, y en este sentido el Supremo nos recuerda que *“comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad (...) Así lo establece la sentencia de 3-4-2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos “la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet” y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología,*

orientación sexual, aficiones personales, etc.).

Así pues, el T.S. desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada contra sentencia que declaró la improcedencia del despido disciplinario del trabajador accionante basado en utilización indebida de Internet, por no respetar los límites antes referidos, pues *“constan todas y cada una de las concretas “visitas” efectuadas a Internet, tal como se indica en la propia carta de despido. Es decir, no se hace referencia genéricamente a tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas : páginas de contenido multimedia (vídeos); Web de piratería informática; Webs de anuncios clasificados para particulares; Web de acceso a televisión por Internet; Acceso a correo personal; Web de consulta para temas relacionados con el sexo femenino; etc; lo que sin duda supone una vulneración de su derecho a la intimidad conforme y en los términos de la doctrina a que se ha hecho referencia.*

La Resolución R/02615/2010 de la Agencia Española de Protección de Datos, de 30 de diciembre, también se pronuncia en términos similares en el procedimiento sancionador que trae causa del despido disciplinario del trabajador motivado por el abuso de su utilización no profesional de Internet desde el ordenador de la empresa.

La AEPD concluyó que la información relativa al historial de accesos a Internet asociada a una persona identificada o identificable, que permite la evaluación de la misma y repercute en sus derechos e intereses, da lugar a la consideración de dicha información como dato personal -coincidencia con el Tribunal Supremo, si bien éste incluye esta información como parte del contenido del derecho fundamental a la intimidad-.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 18 DE JULIO DE 2011

¿Es lícito incluir en el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de suministros cuyo objeto consiste en el *“suministro de material necesario para la realización de técnicas analíticas de BIOQUÍMICA”*, un criterio de adjudicación en el que se valora con un 5% la Investigación, el desarrollo y la innovación-I+D+I-?.

El Complejo Hospitalario de Albacete no apreció obstáculo alguno para la inclusión de semejante criterio de adjudicación, a diferencia del TSJ que critica semejante proceder, pues *“es evidente que el criterio de adjudicación recurrido nada tiene que ver con el objeto del contrato, pues siendo éste el suministro de material necesario para las técnicas analíticas de Bioquímica y en su caso el arrendamiento de los instrumentos o dispositivos para la realización de dichas técnicas, el criterio de I+D+I no se refiere a las características o condiciones propias de los bienes y prestaciones objeto de suministro, sino que lo que valora son mejoras ajenas a dicho objeto...”*.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

1.- SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE FEBRERO Y 5 DE MAYO DE 2011. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A MUTUALISTAS EN CENTROS PRIVADOS CONCERTADOS

¿Tiene la Administración del Estado obligación de responder por una supuesta mala praxis médica cuando la asistencia sanitaria prestada al paciente lo ha sido por una entidad privada libremente escogida por el mutualista (ya sea, MUFACE, MUGEJU ISFAS)?.

¿Podemos dar por válidos los argumentos de la Administración de que no procede exigir responsabilidad patrimonial alguna ya que en estos casos ninguna de las entidades mutualistas presta ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que es la propia entidad concertada elegida libremente por el mutualista la que lo ha prestado?.

¿O por el contrario, cabría entender que conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, por la que se viene a sujetar la revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del SNS, la relación de posibles sujetos pasivos viene determinada no tanto por la condición de Administración como por la condición de entidades, servicios o centros que realizan prestaciones sanitarias propias del SNS? ¿Acaso no forma parte del SNS las entidades que integran el mutualismo administrativo conforme a la visión

amplia que del SNS ofrece el artículo 45 de la LGS?

Pues bien, la respuesta a estas interrogantes viene de la mano de lo previsto en la **Ley de Contratos del Sector Público**, y en concreto en su **Disposición Adicional Vigésimo Tercera**, en la que se dice textualmente que *“los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de la su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad, y en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”*.

La Sala, siguiendo el criterio fijado por el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2009, afirma que *“con esta disposición, la Ley considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el ISFAS y ADESLAS, al régimen del contrato de gestión de servicio público (...) figurando entre las obligaciones del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros...(art. 256.c) de la LCSP)*.

Procede por tanto aplicar **el régimen general de responsabilidad previsto en la LCSP**, de modo que como establece el TS en su sentencia de 20 de junio de 2006 para los casos de prestación sanitaria concertada. *“la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración (...) modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista...”*.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 31 DE MAYO DE 2011. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS PERMANENTES Y DAÑOS CONTINUADOS A LOS EFECTOS DE DETERMINAR EL DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO

La sentencia impugnada en casación acuerda desestimar el recurso contencioso administrativo, por apreciar la prescripción del derecho a reclamar.

La reclamación trae su causa en el contagio del virus

de la hepatitis C por el recurrente en el desempeño de su funciones como mozo de autopsias en el Instituto Anatómico Forense en julio de 1997, y los daños consecuentes a dicho contagio. A partir de ese momento padece una sintomatología neurológica derivada de la disfunción hepática, lesiones que son descritas por el INSS mediante Resolución de 18 de febrero 2003. La reclamación por responsabilidad patrimonial la presenta el 24 de febrero de 2004. ¿Extemporaneidad, o no?.

La doctrina de los datos continuados admite la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación pese a que haya transcurrido el plazo de prescripción de un año, en los casos en los que la propia enfermedad no permita prever la posible evolución de las secuelas, o bien porque se pueden manifestar secuelas imprevistas y no determinadas.

En este caso, al venir referida la reclamación a unos daños cuya determinación se concretó en un momento determinado, al ser previsibles conforme a una evolución patológica ya conocida, no cabe admitir la anterior doctrina, de modo que al dejar pasar el plazo de prescripción procede la declaración de extemporaneidad.

En definitiva, no siempre las secuelas derivadas del contagio de una hepatitis C pueden encontrar cobijo en los conocidos como “*daños continuados*”, como es el caso objeto de comentario, que en cambio, parece encajar en los daños permanentes.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE BALEARES DE 31 DE MAYO DE 2011

Trabajadora que, a consecuencia de un accidente laboral, recibe asistencia sanitaria en los servicios médicos de su Mutua de AT/EP, donde posteriormente recibe tratamiento de rehabilitación, y se le practica una segunda intervención para la retirada del material de osteosíntesis.

En el curso de esta segunda intervención, la paciente entró en parada cardiorespiratoria con graves secuelas neurológicas como consecuencia de un shock anafiláctico, siendo trasladada de inmediato al Hospital Son Dureta de Palma de Mallorca.

¿Existe en este caso legitimación pasiva de la administración sanitaria, o por el contrario, no cabe entender que exista dicha legitimación al haber sido dispensada la asistencia sanitaria por la Mutua patronal?

Pues bien, la Sala, tras reconocer que en efecto, las Mutuas tienen el carácter de entidades jurídico-privadas, señala que también forman parte como entidades colaboradoras, del Sistema de Seguridad Social, y que cuando realizan actuaciones de gestión de protección derivada de accidentes de trabajo, la Administración sanitaria responsable del sistema de salud competente en el territorio, ostenta sobre esas entidades colaboradoras una potestad de inspección. En base a este razonamiento hay que entender que la administración autonómica sí que tiene legitimación pasiva por su condición de responsable del servicio público de salud en el territorio balear.

Esta sentencia complementa el criterio fijado por la Audiencia Nacional en sentencia 17 de junio de 2009.

La naturaleza jurídica de las Mutuas de AT/EP cobra especial protagonismo en este caso enjuiciado por la Audiencia Nacional sobre la desestimación por el Ministerio de Trabajo de la reclamación interpuesta por el perjudicado por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP. La Sala, invocando la doctrina del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica de la Mutua (*entidad privada*) y la exclusión de la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para estos supuestos -Dictamen 2.872/2001, de 25 de octubre de 2001, según el cual “*La actividad a la que se achaca el origen de las lesiones ha sido llevada a cabo por una de estas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y por tanto, por una entidad privada, lo que excluye la presente vía de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*”- concluye afirmando que el Ministerio no puede en modo alguno asumir la responsabilidad de la prestación asistencial realizada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP, sin que quepa argüir en contra, la estrecha vinculación que presentan estas entidades con el Ministerio en virtud de la relación de tutela a la que se refiere el art. 71 del RD-Legislativo 1/1994.

En efecto, la lectura del citado precepto legal permite colegir que entre las facultades que ostenta el Ministerio de Trabajo no figura que sea responsable del seguimiento de la calidad de la prestación sanitaria ni de la actuación de los profesionales contratados por la Mutua, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

4.- SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, asunto C-495/10

Durante una intervención quirúrgica realizada en un centro hospitalario francés, un paciente sufrió quemaduras causadas por un colchón térmico defectuoso. El hospital fue condenado a pagar una indemnización al paciente, e interpuso recurso contra esta condena ante el Consejo de Estado alegando que dicha condena se apoya en la aplicación de un principio que se puede considerar contrario a la Directiva 85/374, que es la que regula la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

El principio en cuestión establece- de forma análoga a como acontece con nuestro sistema de responsabilidad patrimonial- que todo servicio hospitalario público es responsable de los daños sufridos por sus pacientes debido a defectos en los equipos utilizados durante la prestación de asistencia sanitaria.

El TJUE establece que la responsabilidad de un prestador de servicios por el uso de un producto defectuoso- en nuestro caso el centro hospitalario- no se encuentra cubierta por la Directiva 85/374, ya que el prestador de servicios no puede ser considerado ni como productor ni importador ni suministrador.

A su vez, señala que la existencia de normas nacionales que establecen la responsabilidad objetiva del prestador público de servicios por daños causados por el uso de un producto defectuoso, no resulta incompatible con la aplicación de la citada disposición comunitaria. En tal caso, lo que sí advierte el TJUE, es que dicho sistema nacional no puede constituir un obstáculo para la aplicación del régimen de responsabilidad del fabricante establecido en la Directiva, de modo que se ha de reconocer tanto a la persona que sufrió los daños, como al prestador de servicios, la facultad para reclamar responsabilidades al fabricante del producto defectuoso.

En nuestro país, desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores, cabría destacar la existencia de dos posturas encontradas:

1.- Aquella que considera que la existencia de un defecto en el producto no excluye la responsabilidad solidaria de la Administración sanitaria que lo adquiere y utiliza –como es el caso de la sentencia del TS de 24 de septiembre de 1999 y la de la AP de Burgos de 13 de mayo de 1994, que resuelven casos sobre dispositivos intrauterinos fabricados por la empresa DIU SA, cuyos defec-

tos determinaron respectivamente, un embarazo no deseado y una operación de legrado.

2.- El criterio defendido por el Tribunal Supremo, que ha fallado en sentido contrario en los casos de rotura de jeringa y de rotura de catéter –sentencias de 17 de abril de 1998 y de 15 de noviembre de 2000- una vez que quedó acreditado que la rotura del producto dañino se debía a causas inherentes al mismo, y no a su manipulación incorrecta por el profesional sanitario o el paciente.

FARMACIA Y MEDICAMENTOS

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 161/2011, DE 16 DE OCTUBRE PUBLICADA EN EL BOE DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 3/1996, DE 25 DE JUNIO, DE ATENCIÓN FARMACÉUTICA EN EXTREMADURA

El TC declara la inconstitucionalidad de la prohibición de acceder a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a personas mayores de 65 años, por considerarla una discriminación arbitraria por razón de edad que no queda justificada en el argumento de entender que “*a los 65 años la mayoría de los españoles cesan en la actividad laboral y en que a partir de esa edad sean crecientes las dificultades de adaptación*”, concluyendo que no se trataba “*de una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido*” y su exclusión “*no garantiza la contratación de nuevos profesionales*”.

En similares términos ser pronunció el TC en relación con la Ley de Ordenación Farmacéutica de Castilla-La Mancha. En efecto, la Sentencia 63/2011, de 16 de mayo de 2011 declaró inconstitucional el artículo 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha.

Dicho precepto establecía que “[e]n ningún caso pueden participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan instalada otra en el mismo núcleo de población en el cual se solicita la nueva instalación o que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento” Del precepto se cuestiona únicamen-

te la prohibición impuesta a los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al principio del procedimiento.

Para valorar la constitucionalidad de dicho precepto, el TC analiza la incidencia del dato de la edad como factor de discriminación haciendo un recorrido por las sentencias más relevantes, que permiten concluir que el TC ha llegado a soluciones diversas debido a la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados. No obstante, sí se puede extraer de la doctrina del TC que para que la edad opere como uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado es preciso que no se acomode a las exigencias de justificación y proporcionalidad.

2.- SENTENCIA DEL TJCE, DE 5 DE MAYO DE 2011, EN EL ASUNTO C-316/09

La sentencia objeto de análisis resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el contexto del pleito que enfrentaba a Merckle GmbH y Merck, Sharp & Dohme GmbH por la información que ésta última compañía ofrecía en su página corporativa en relación con sus medicamentos sujetos a receta médica.

Merck Sharp & Dohme había colgado en su web corporativa en Alemania, en una sección no restringida a profesionales sanitarios, una reproducción del embalaje, del prospecto y de las indicaciones terapéuticas aprobadas para varios de sus medicamentos de prescripción.

Esta iniciativa fue denunciada por Merckle, quien entendía que se estaba llevando a cabo una actividad publicitaria prohibida en relación con estos medicamentos. Merck Sharp & Dohme, por el contrario, defendió su actuación argumentando que una prohibición de difundir este tipo de información resultaría desproporcionada e incompatible con derechos fundamentales tales como la libertad de empresa y expresión, y **el derecho de los pacientes a elegir libremente el tratamiento**.

El TJCE considera que la difusión de este tipo de informaciones sobre medicamentos sujetos a prescripción médica, en principio prohibida en el Derecho Comunitario, es admisible pero siempre que se lleve a cabo bajo ciertos límites y condiciones.

Como bien señala el tribunal, el hecho de que sea

el titular del medicamento quien lleve a efecto la difusión de este tipo de informaciones no significa necesariamente que se esté persiguiendo un objetivo publicitario. Dicha difusión puede estar dirigida a objetivos perfectamente legítimos, tales como evitar riesgos ligados a la automedicación o satisfacer la demanda legítima de información por parte de los ciudadanos, por lo que no cabe etiquetarla sin más como una acción promocional. Los tribunales nacionales, continúa señalando el TJCE, deben llevar a cabo un examen exhaustivo del contenido de la información y del contexto en el que se inserta, a fin de determinar si cabe concluir razonablemente que el laboratorio perseguía una finalidad publicitaria y se estaba infringiendo la prohibición.

Por último, el TJCE recuerda que la información ofrecida por los laboratorios debe limitarse a una reproducción íntegra y literal del embalaje, prospecto y ficha técnica aprobados por las autoridades, ya que su selección o reelaboración por el laboratorio podría hacerle perder su carácter objetivo.

No obstante, esta última afirmación debe ser matizada a la luz de la **Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, también de 5 de Mayo de 2011, asunto C-249/09, Novo Nordisk AS v. Ravimianet**, en la que se afirma en relación con la publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica entre personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos, que está permitida la difusión de información complementaria que confirme o precise, en un sentido compatible, los datos incluidos en el resumen de características, sin desnaturalizarlos, siempre que dicha información cumpla con los requisitos previstos en la Directiva: a) que sea objetiva b) no engañosa c) exacta d) actual e) comprobable f) completa y, g) en el caso de tratarse de citas extraídas de obras científicas, reproduciendo fielmente la obra y precisando con exactitud su fuente.

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA Nº 75/2011 DEL PLENO DEL TC, DE 19 DE MAYO DE 2011

Sentencia dictada por nuestro TC a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la desigual aplicación del artículo 48.4 del ET por entender que:

- a) Carece de justificación que, en los supuestos de parto, el padre trabajador únicamente pueda disfrutar del período de descanso “voluntario” y

percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese periodo, siempre que la madre le ceda el derecho a disfrutarlo y ésta sea una trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social.

b) No se comprende que en supuestos de adopción la ley permita “la opción de los interesados” (padre y madre) en el disfrute del descanso, a diferencia de los supuestos de parto, lo que puede vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna, según el artículo 14 de la Constitución Española.

La primera cuestión pierde interés desde el momento en que hoy día, tras la reforma del artículo 48.4 del ET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, el actual párrafo tercero del artículo 48.4 del ET, en el supuesto de parto, establece que el padre trabajador afiliado a la Seguridad Social tendrá derecho al periodo de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto en su integridad aún cuando la madre no tuviera derecho a ello por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no dé lugar a la inclusión en la Seguridad Social.

Respecto de la segunda, el TC pone de manifiesto la distinta finalidad que tienen ambas situaciones protegidas, la maternidad por parto respecto de la adopción, aplicando en este sentido la ya clásica doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, que *“no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin ofrecer una justificación objetiva y razonable para ello. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”*.

En el primer caso, la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada mientras que en el segundo supuesto se persigue facilitar la integración del menor de corta edad adoptado o acogido en su nueva familia de adopción o acogida, por lo que ca-

recería de sentido atribuir el derecho a la suspensión del contrato y la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social a uno con preferencia al otro.

2.- SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2011 Y SENTENCIA A.N. 93/2011, DE 13 DE JUNIO. EL DERECHO DE HUELGA

2.1 Sentencia del Tribunal Supremo

Accidente laboral provocado por una unidad de tren de una sociedad ferroviaria, en el que fallece el maquinista y resultan heridas tres personas. Algunos trabajadores deciden convocar una jornada de paro para todo el día siguiente al del accidente en señal de duelo y protesta por lo sucedido. A consecuencia de ello, la sociedad ferroviaria sufre cuantiosas pérdidas económicas por las reclamaciones de los usuarios y el lucro cesante.

En su argumentación, el TS entiende que el acto supuso una protesta frente a la sociedad por lo ocurrido, con pleno conocimiento por los trabajadores de la repercusión que iba a tener para los usuarios. En consecuencia, el TS concluye que el paro, al suponer una alteración colectiva de trabajo como medida de presión o protesta, debe ser calificado de huelga. De esta forma, el TS considera que se ha vulnerado, por parte de los convocantes, el derecho del empresario a que se le comunique previamente el ejercicio del derecho de huelga (artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

2.2 Sentencia de la Audiencia Nacional

En el caso enjuiciado, la empresa no sólo no se mantuvo al margen de la huelga convocada, sino que emitió un comunicado a los trabajadores en el que trató de amedrentarlos con situaciones “apocalípticas” si ejercían su derecho fundamental de huelga. Es evidente que dicho comunicado en horas previas a la huelga puede llevar a algunos trabajadores al convencimiento de que va a suceder un perjuicio irreparable, lo que constituye una presión sobre los posibles huelguistas. A pesar de que la empresa alega el ejercicio legítimo de su derecho a la libre expresión, el derecho de huelga goza de una singular preeminencia, pues como dijera el TC *“La preeminencia de este derecho (el de huelga) produce durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad funcional”*.

3.- AUTOS SOBRE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE SUSPENSIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS POR VULNERAR LA LIBERTAD DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PROFESIONAL SANITARIO EN RELACIÓN CON LA PRÁCTICA DE ACTOS PREPARATORIOS DE LA IVE

3.1 Auto de 29 de marzo de 2011. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga

La Dirección General de Atención Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud aprueba una instrucción relativa al proceso de información y derivación de las mujeres, en la que se indica que el derecho a la objeción de conciencia únicamente podrá ser ejercido por los profesionales directamente implicados en la realización de la IVE.

Frente a esta Instrucción, la recurrente –médico de familia– manifiesta ante su Gerencia su declaración como objetora de conciencia en relación con el aborto. La Gerencia, mediante Resolución de 18 de diciembre de 2010, le recuerda a la profesional que el art. 19.2 de la LO 2/2010 solo ampara a los profesionales directamente implicados en la IVE, lo que no es el caso de la recurrente, cuya labor de información y derivación queda fuera del derecho a la objeción de conciencia.

La interesada solicita del juez la suspensión de la ejecutividad de la citada resolución, y éste la desestima por considerar que tan solo existiría una afectación periférica a su derecho a obrar conforme a su conciencia, pues no está implicado directamente en la IVE al limitarse su quehacer a una tarea informativa y derivación de la mujer.

No obstante, el juez se muestra crítico con el alcance de la Resolución impugnada, pues dicha instrucción *“trasciende el ámbito organizativo e informativo, conteniendo una decisión sobre un derecho que puede tener alcance constitucional. Desde esta perspectiva, por tanto, nos encontramos ante un acto que presenta una fuerte apariencia de tener un contenido decisorio en cuanto delimita el contenido y alcance de un derecho”*.

3.2 Auto de 30 de mayo de 2011. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga

En este otro caso, también protagonizado por una

médico de familia del SAS, se solicita del juez la suspensión de la ejecutividad de la resolución dictada por su Gerencia por la que se impide a la interesada ejercer el derecho de objeción de conciencia en relación con el aborto, en concreto respecto de las actuaciones consistentes en dar información general a la mujer sobre el procedimiento de tramitación del aborto provocado, entregar el preceptivo sobre cerrado en los casos de aborto a petición de la mujer, y expedir el documento de derivación al centro concertado autorizado para la realización del aborto.

Sin embargo, a diferencia del auto anterior, el juez se muestra a favor de estimar la medida cautelar solicitada, ya que de lo contrario *“la situación sería irreversible, y podría ocasionar un perjuicio muy significativo a los intereses de la recurrente, y de no suspenderse el acto la sentencia que se dictase, si fuese favorable, no podría tener efecto retroactivo pues se habría consumado durante este periodo de tiempo lo que la parte quiere evitar con el recurso”*. Por otra parte, el juez recuerda que *la Administración siempre podría o bien contratar a más personal durante este periodo de tiempo o incluso, y sin hacer falta lo anterior, que sea otro profesional sanitario de los muchos que se encuentran en el Centro de salud donde presta sus servicios la recurrente el que se encargue de las labores de información y derivación controvertidas”*.

Aunque es cierto que, como ya ha dejado dicho el TS en diversas ocasiones -STS de 21 de Junio de 2010-, no cabe atribuir a las previsiones recogidas en el Código Deontológico relevancia jurídica por no tratarse de una norma de rango legal, asistimos a un conflicto entre la “ética profesional” -teóricamente ubicada en un plano superior al Derecho y en armonía con sus mandatos - plasmada en el nuevo Código de Ética y Deontología de la OMC, y la dispar valoración que hacen los intérpretes del Derecho de esa misma realidad.

3.3 Auto de 1 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

El recurso ha sido interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Toledo, y la diana de su alegato impugnatorio los artículos 55.1 y 55.2 del Código de Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial de España, por entender que atentan contra el derecho a la objeción de conciencia, cuya titularidad entienden que también corresponde a los médicos de medicina familiar y comunitaria.

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

A juicio del TSJ de Madrid, no procede sin embargo la medida de suspensión cautelar de dicho precepto solicitada por el Colegio de Médicos de Toledo, ya que *“no consta que ello sea una situación distinta a la que hasta este momento se venía produciendo ya que el derecho al aborto ya estaba legalmente reconocido máxime cuando el anterior Código obligaba a médicos atender a todos los pacientes con la misma diligencia y solicitud sin discriminación alguna, y a informar al paciente caso de exigirle éste un procedimiento que por razones éticas o científicas juzgara inadecuado o inaceptable”*.

Lo curioso del caso es que en Castilla-La Mancha hubo que aprobar la Orden de 14 de octubre de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modificó la Orden de 21/06/2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, en cumplimiento del Auto de 29 de septiembre de 2010 dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha, que sí efectúa un reconocimiento implícito de este derecho a los facultativos de la Atención Primaria.

4.- SENTENCIA DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 2011. COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RRHH DE UN SERVICIO DE SALUD PARA REALIZAR AJUSTES EN LA RPT

¿Se podría incluir en un Decreto por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de un Servicio Público de Salud, una Disposición por la que se habilita a la Dirección General de RRHH de dicho organismo público para mantener actualizada la relación de puestos de trabajo?

Pues bien, si tales ajustes o modificaciones afectan a los puestos base, ajustes derivados de procesos de modificación de plantilla, concursos de traslados, concursos de méritos, movilidad, redistribución de

efectivos y actualización de complementos, entonces no estamos ante meros “ajustes” sino ante verdaderas modificaciones de la RPT, lo que conlleva la necesaria negociación previa para la misma, y por tanto la imposibilidad de que se pueda delegar tal competencia.

Este es el criterio del TS en relación con la legalidad del Decreto 8/2007, de 2 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Rioja y su Disposición Final Tercera.

5.- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011

La Sra. Scattolon, empleada del municipio de Scorzé (Italia) en calidad de bedel en escuelas del Estado, desarrolló ese trabajo entre 1980 y 1999 como miembro del personal administrativo, técnico y auxiliar (ATA) de las entidades locales. A partir de 2000, dicha señora fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado y clasificada en una escala salarial que correspondía en esa plantilla a nueve años de antigüedad.

La interesada no había obtenido el reconocimiento por el Ministerio de casi veinte años de antigüedad adquirida en el municipio de Scorzé, por lo que solicitó al Tribunal de Venecia (Italia) el reconocimiento de la totalidad de su antigüedad.

Este tribunal pregunta al TJUE si:

- a) La normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa se aplica a la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública.
- b) En caso de respuesta afirmativa a esa cuestión, el tribunal italiano desea también saber si, a efectos del cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el cesionario debe reconocer la antigüedad adquirida por esos trabajadores al servicio del cedente.

Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones, el Tribunal de Justicia señala ante todo que la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública, y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y

de asistencia administrativa, constituye una transmisión de empresa cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro.

En efecto, en primer lugar, este grupo de empleados públicos constituye una empresa aunque no existan elementos de activo -véase la sentencia del TJUE sobre la subrogación empresarial de empleados en el Ayuntamiento del municipio toledano de Cobisa comentada en números anteriores-, sin que además tenga incidencia alguna el hecho de que dichos trabajadores formen parte de la administración pública.

En concreto, y respecto de esta última cuestión, es cierto que **la jurisprudencia comunitaria ha venido excluyendo del campo de aplicación de la Directiva “la reorganización de estructuras de la administración pública” y “la transferencia de competencias entre administraciones públicas”**, pero a continuación, la sentencia objeto de comentario añade que *“el alcance de esas expresiones se limita a los supuestos en los que la transmisión tenga por objeto actividades propias del ejercicio del poder público” y que “si se acogiera tal interpretación, cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de la reorganización de personal”*.

El último intento del gobierno italiano por huir de los tentáculos de la Directiva en cuestión, ha consistido en alegar que no existe en realidad *“transmisión empresarial”* ya que la supuesta transmisión deriva de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades, lo que también carece de relevancia.

Respecto al cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el Tribunal de Justicia estima que, si bien el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa - incluidas las referidas a la retribución - **las modalidades elegidas para la integración salarial de los trabajadores transferidos deben ser conformes con el objetivo de la normativa de la Unión en materia de protección de los derechos de los trabajadores transferidos, que consiste en esencia en impedir que esos trabajadores se encuentren por la mera causa de la transmisión en una posición menos favorable que**

la que tenían anteriormente.

El Tribunal de Justicia pone de relieve que, en este caso, el Ministerio, en lugar de reconocer esa antigüedad como tal y en su integridad, calculó para cada trabajador transferido una antigüedad *“ficticia”*, cuando en realidad la antigüedad adquirida al servicio del cedente por un miembro del personal transferido habría podido calificarse como equivalente a la adquirida por un miembro del personal ATA de igual categoría empleado por el Ministerio antes de dicha transmisión, ya que las funciones ejercidas por el personal ATA de las entidades locales en las escuelas públicas eran prácticamente idénticas a las ejercidas por el personal ATA empleado por el Ministerio.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. 27 DE JULIO DE 2011

Para que se respete la finalidad impuesta por la LCSP de que la valoración subjetiva se haga en primer término y, de este modo, evitar que influya en el criterio de los evaluadores los resultados arrojados por la aplicación de las reglas automáticas de valoración, ¿debería leerse en el acto público de apertura de las ofertas económicas los resultados de la valoración de los criterios subjetivos, o en su caso, poner a disposición de los asistentes esta información?

A juicio del Tribunal Central la finalidad de la LCSP, a saber, que los resultados de la aplicación de las reglas automáticas de valoración no influyan en el criterio de los evaluadores a la hora de efectuar la valoración de los criterios subjetivos, se cumple *“siempre que dicha valoración se realice antes de la apertura de la oferta económica y ello resulte acreditado documentalmente. El hecho de que se de lectura o no al resultado de la valoración de los criterios subjetivos, no supone ninguna infracción, ni siquiera una mera irregularidad”*.

La segunda cuestión suscitada sería, ¿se puede admitir a efectos de subsanación, la aportación, ante el Tribunal conecedor del recurso especial interpuesto, de documentos acreditativos del cumplimiento de requisitos cuya constancia documental la parte

recurrente, en cambio, no efectuó pese a los requerimientos realizados en su momento por la Mesa de Contratación?

La simple lectura del art. 86.3 del RGCAP serviría para dar respuesta a esta interrogante, no pueden admitirse nuevos documentos que no hayan sido entregados en el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación.

1.2.- ACUERDO 7/2001, DE 6 DE JUNIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN.

Primero.- La cuestión de fondo no es otra que la exclusión de una empresa licitadora por haber omitido en su propuesta el precio unitario y si dicha omisión es susceptible de subsanación por el licitador.

Segundo.- Tal y como recuerda el Tribunal administrativo, la oferta económica está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro forma, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. De este modo, las proposiciones que no respeten estos requisitos deberán ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada- **art. 84 del RGCAP**-.

Tercero.- En relación con la pretensión del recurrente de considerar la omisión del precio unitario señalado como subsanable, ésta es rechazada ya que *“la subsanación del defecto alegado supondría una modificación de los términos de la oferta, y además se produciría posteriormente a la apertura y conocimiento público de la totalidad de las proposiciones económicas formuladas por los restantes licitadores admitidos...”* *“En esencia, la pretensión de subsanación exigida por la recurrente no se encuentra en ningún caso recogida en la legislación aplicable. Antes al contrario, el artículo 84 del RGCAP establece con claridad que deben ser rechazadas.*

2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

2.1.- INFORME JURÍDICO 0443/2010 DE LA AEPD. ESCANEADO DE DOCUMENTOS DE LA HISTORIA CLÍNICA, PLAZO DE CONSERVACIÓN, Y FIRMA ELECTRÓNICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y OTROS DOCUMENTOS

Informe de la AEPD que, lejos de abordar en profundidad la problemática que suscitan las cuestiones planteadas, responde de forma escueta a estas tres interrogantes:

a) Escaneado.

No hay inconveniente toda vez que la ley permite la conservación de la HC en soporte distinto del original, siempre que quede preservada su autenticidad, seguridad e integridad (art. 17.1 y art. 14.2 de la LAP).

b) Plazo de conservación de la HC.

La determinación del período de conservación de la información contenida en la HC, al margen del plazo mínimo de los cinco años que fija la citada ley, exige que se deba estar a la relevancia y trascendencia de cada episodio asistencial.

c) Constancia del consentimiento informado del paciente u otros documentos mediante el empleo de dispositivos de firma electrónica.

Es perfectamente posible siempre que existan garantías que permitan acreditar la integridad de los documentos objeto de firma.

2.2.- INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 0222/2010. CESIÓN DE DATOS PERSONALES Y EJERCICIO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En esta consulta se plantea si es factible la comunicación de datos que consta en los archivos parroquiales sobre una persona a solicitud de una entidad pública española de protección de menores.

Para la agencia estamos ante un clásico supuesto de cesión de datos, lo que nos obliga a estar a lo dispuesto en el art. 11, que prevé como regla general el consentimiento del interesado otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado, salvo que concurra alguna de las excepciones de las contempladas en el apartado segundo del citado precepto, entre las que se encuentra la cesión autorizada en una ley.

Pues bien, el art. 180 del Código Civil en su apartado quinto dispone que *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de*

edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las entidades públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”.

Como colofón, la Agencia añade que la existencia de una habilitación legal como la que concurre en este caso, debe amparar el respeto a los restantes principios contenidos en la LO 15/1999, de modo que la cesión deba limitarse a aquellos datos “*adecuados, pertinentes y no excesivos*”, que deberán ser tratados únicamente para las finalidades que motivaron su recogida.

Dos observaciones al informe objeto de comentario:

a) Hay que recordar que a juicio del Supremo “*los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, tal y como exige el art. 3.b) de la Ley Orgánica 15/99, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo*” (STS de 5 de febrero de 2010).

b) El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos de la persona podría entrar en pugna con el derecho a la confidencialidad de la información genética previsto en diversas disposiciones autonómicas, entre ellas la Ley 5/2010 de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, que lo reconoce en su art. 6.

3. ASISTENCIA SANITARIA U.E.

3.1.- GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA MEJORAR LA FACTURACIÓN POR LA ASISTENCIA SANITARIA A CIUDADANOS DE LA UE. ESCUELA ANDALUZA DE SALUD PÚBLICA. CONSEJERÍA DE SALUD. JULIO 2011

La Guía analiza el alcance del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza conforme a lo previsto en los nuevos Reglamentos comunitarios sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, sin referirse en ningún momento a la flamante Directiva 2011/24/

UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

El marco normativo actual tras la derogación en mayo de 2010 de los Reglamentos comunitarios CEE 1408/71 y 574/72 (vigentes transitoriamente en Suiza y los países del Espacio Económico Europeo), está constituido por los Reglamentos 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, 988/2009 modificativo del anterior y el 987/2009 que adopta sus normas de aplicación, y sin que a los ciudadanos de la UE que se desplacen a España se les deba aplicar ni el RD 1088/1989, ni la LO 4/2000.

Con arreglo a los citados reglamentos, las personas aseguradas que residan en un país distinto al que les reconoce el derecho, o se hallen temporalmente en dicho país, o se hayan desplazado ya sea para recibir tratamiento durante su estancia o para trabajar, se les reconocerá el derecho de acuerdo con la legislación nacional por el país en el que está asegurado, mientras que la asistencia sanitaria demandada se recibirá de acuerdo con la legislación que aplique el país de estancia/residencia.

4. SISTEMA NACIONAL DE SALUD

4.1.- RECOMENDACIONES 2011 DEL CONSEJO ASESOR SOBRE EL BUEN GOBIERNO DE LA SANIDAD PÚBLICA VASCA

Rediseñar el modelo organizativo y funcional del Servicio Vasco de Salud, constituye el eje central del documento elaborado por el Consejo Asesor, aunque estas interesantes recomendaciones son perfectamente extrapolables al conjunto del sistema sanitario público.

Desde el punto de vista organizativo, el órgano asesor pone especial énfasis en la necesidad de implantar en el conjunto del Servicio de Salud órganos colegiados de gobierno ante los que debería responder el gestor. Estos órganos colegiados estarían formados no solo por miembros de la propia organización, sino también por representantes de la población local así como miembros cuya pertenencia al Consejo sería a título individual, nombrados por su contribución potencial al buen gobierno de la organización.

El plano funcional, se insiste en la necesidad de potenciar los valores éticos y la profesionalización de la función directiva.

Por lo que se refiere al primero de los objetivos, garantizar comportamientos íntegros, se propone la elaboración de códigos de conducta, regular los conflictos de interés, prever la creación de una unidad de prevención y detección del fraude y la corrupción.

Pero en gran medida la consecución de este gran objetivo va estrechamente ligado a la adopción de medidas dirigidas a lograr una administración sanitaria políticamente neutral, profesionalizada y estable, lo que nos conduce al segundo de los objetivos ya enunciados: la función directiva.

Profesionalizar la función gestora para que sea más eficaz y cuente con mayor legitimidad y autoridad, constituye la asignatura pendiente de nuestro sistema sanitario, y para ello resulta imprescindible seleccionar y nombrar a los directores gerentes y a todos los cargos ejecutivos, de alta dirección, de responsabilidad clínica o gestora *“por procedimientos en los que exista concurrencia pública, participación de los respectivos Consejos de Gobierno y en su caso, el asesoramiento profesional correspondiente”*.

Pero además es preciso que los valores y el estilo de la función directiva queden reflejados en un Código de Conducta en el que se contenga un estilo de trabajo abierto y participativo, compromiso con la promoción personal y profesional de los trabajadores, austeridad y eficiencia en el uso de los recursos, rendición de cuentas, y compromiso con la innovación y la gestión del conocimiento para el desarrollo individual y corporativo.

A su vez, la evaluación de los resultados obtenidos por los directivos en su labor de gestión debería establecerse como una práctica común con el objetivo de incentivar la excelencia profesional.

Para finalizar, y como otros objetivos a destacar en el plano funcional, citar:

a) Incrementar la autonomía de los centros sanitarios, facilitando el desarrollo de innovaciones y experiencias piloto que permitan ensayar y evaluar las reformas, y la capacidad de incentivar y premiar la excelencia profesional y la dedicación extraordinaria, así como sancionar los incumplimientos.

b) Mayor transparencia en la gestión y participación de los profesionales sanitarios. Para ello sería aconsejable revitalizar el funcionamiento de las Juntas Facultativas Técnico Asistenciales,

Comisiones de Calidad y otros órganos colegiados de asesoramiento previstos en el RD 521/87, o generalizar de una vez por todas, los modelos de gestión clínica orientados a implicar a los profesionales en la gestión de los recursos, o valorar la participación profesional del personal médico, de enfermería...en estos órganos como mérito para su reconocimiento y promoción profesional.

4.2.- DECLARACIÓN DE LA OMC SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DEL SNS Y EL NUEVO PROFESIONALISMO MÉDICO

Para comentar el **Documento aprobado el 29 de octubre de 2011 por la OMC** bajo el título *“Compromisos y exigencias de la profesión ante la crisis económica, de valores y de gobierno en el SNS”*, nada mejor que comenzar con la frase de Rudolf Virchow- investigador celular – para quién *“La medicina es ciencia social, y la política no es otra cosa que medicina en gran escala”*.

Pues bien, los médicos de la OMC se lo han tomado en serio y en este documento se posicionan claramente a favor de un nuevo modelo de profesionalismo médico acorde con el contexto socioeconómico actual.

La Organización colegial, tras constatar los problemas que atenazan al SNS, la mayoría generados por el fenómeno de la descentralización política de las competencias sanitarias, y a los que habría que sumar los graves problemas económicos, quiere subrayar el importante papel que le toca jugar al médico y para ello hace una apuesta decidida por lo que ha dado en llamar *“nuevo profesionalismo médico”*, o lo que es lo mismo, la asunción de un compromiso ante la sociedad en defensa de una serie de valores como la primacía de los principios éticos, garantías en la calidad asistencial, racionalizar las prestaciones, buen gobierno sanitario, reforzamiento de la ciudadanía sanitaria a la que hay que ofrecer más información y más espacios de participación y decisión, mejorar las competencias esenciales de los servicios públicos, y priorizar actuaciones en función de necesidades y resultados en salud.

A cambio, la OMC, en el marco de lo que parece un nuevo “contrato social” entre la clase médica y las autoridades políticas, piden un Pacto para revitalizar el SNS, que se establezca un modelo de gobierno sanitario, la creación de un sistema de información sanitaria del SNS interoperable, aplicación del principio de justicia en las innovaciones tecnológicas,

mayor cohesión y coordinación de la política farmacéutica, redefinición del modelo retributivo que debe estar más ligado a los resultados y la calidad de la asistencia, y por último un cambio en el modelo asistencial teniendo en cuenta para ello el tipo de enfermo que hoy día predomina –enfermo polimedificado y crónico.- y teniendo también presente la necesidad de establecer mecanismos para la mejora de las relaciones entre diferentes niveles.

Entre esta “*oferta*” de servicios a la comunidad, y las “*contrapartidas*” solicitadas al poder político, la OMC se muestra crítica con los recortes que se están produciendo y rechaza cualquier tipo de recorte en prevención y promoción de la salud, por dos motivos fundamentales:

- a) por las consecuencias a medio y largo plazo en la salud individual y colectiva.
- b) y desde un punto de vista ético porque estos ajustes indiscriminados e irracionales van a recaer sobre los más pobres, los más débiles, ancianos y desfavorecidos. ¿Crítica velada al copago?.

En fin, un intento por parte de los médicos de hacerse oír y de que sean tenidos en cuenta por el poder político, justo en un momento en el que los servicios sanitarios en general, y la clase médica en particular, se están convirtiendo en la diana que necesitan los dardos de políticos y economistas.

4.3.- FUNDAMENTOS DE LA ATENCIÓN PRIMARIA Y EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE MEJORA ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. MARZO 2011

Demoleedor informe el elaborado por la FADSP sobre la situación actual de la Atención Primaria en nuestro país. Entre las principales deficiencias advertidas por la FADSP, cabría citar las siguientes:

- a) No se ha mejorado la accesibilidad del ciudadano a los centros sanitarios de Atención Primaria: 1)- horarios rígidos 2) tipo de trabajo funcional sujeto a horario fijo. 3) libertad de elección de médico limitada por la sobrecarga de cupos. 4) El reconocimiento de la libranza al día siguiente a la guardia supone que el paciente hasta en un 33% de los días de consulta no encuentra en la misma a su médico y/o su enfermero.
- b) Calidad de la AP: 1) Los Sistemas de evalua-

ción de la calidad se reducen a las encuestas de satisfacción. 2) La participación ciudadana queda limitada a la constitución de consejos de salud en algunos centros. 3) Apenas se ha avanzado en potenciar la autonomía de los ciudadanos en los autocuidados y la prevención de la medicalización. 4) La cartera de servicios se establece sin tener en cuenta a los profesionales y sin reciprocidad con la población. 5) Las actividades de prevención y promoción no están estimuladas.

c) Defectuosa coordinación entre ambos niveles asistenciales (AP y AE): 1) No hay objetivos comunes, no hay coordinación efectiva, no hay actividades mixtas de formación sobre áreas transversales ni sobre investigación. 2) Problemas en el acceso por parte de los médicos de AP a los informes de consultas externas de los hospitales.

d) Mala gestión de las urgencias. Los Puntos de Atención Continuada se convierten en una prolongación de las consultas convencionales, pero sin cita.

e) Escasas actividades en formación continuada y actividad docente: 1) Pocos EAP cuentan con un programa formativo propio. 2) No se mide el impacto de la formación. 3) Falta de reconocimiento de la labor docente de los profesionales.

f) Retribuciones: 1) Carrera Profesional. Se ha convertido en un complemento salarial más sin la capacidad incentivadora. 2) La incentivación mediante el pago de la productividad variable es motivo de agravios. Se acepta como prolongación de la nómina y se materializa en repartos más o menos lineales. Desincentivación del personal más meritorio.

5. BIOÉTICA

5.1.- GUÍA SOBRE “ASPECTOS LEGALES DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN LA ADOLESCENCIA” PUBLICADA POR LA CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Muy aconsejable la Guía que publica la **Consejería de Salud de la Junta de Andalucía** sobre “*Aspectos legales de la salud sexual y reproductiva en la adolescencia*”, aunque algunos de sus planteamientos no sean compartidos por algunos Tribunales de Justicia –Léase la mejorable sentencia del TSJ de Cataluña

de 7 de abril de 2010, o por algunas disposiciones autonómicas – léase el art. 10.2 de la Ley 5/2010, de Castilla-La Mancha, donde se afirma que “*en el caso de menores no emancipados se informará también a los padres o tutores*”-.

En esta guía, comparte buena parte de los postulados que podremos encontrar en otro documento igualmente interesante, “*El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia*” de Manuel Amarilla- y así se dice que “*Ni profesionales de la medicina ni el resto de profesionales sanitarios tienen que denunciar ni avisar a la familia de la menor madura (con 12 años cumplidos) que acude a una consulta demandando la anticoncepción de urgencia*” -entiéndase que siempre que se tenga la madurez suficiente, extremo éste que debe valorar exclusivamente el médico-.

Un importante “pero” a lo que dice esta guía, nuestro Código penal prohíbe mantener relaciones sexuales con un menor de 13 años -artículo 183 del CP-.

Como complemento a esta Guía, destacaría la **Guía de Educación Sexual para la Autoafirmación de los Jóvenes, elaborada por la UNESCO** y dada a conocer en el año 2009. Dicha guía separa a los niños en cuatro grupos de edad: de 5 a 8 años, de 9 a 12 años, de 12 a 15 años y de 15 a 18.

5.2.- GUÍA DE SEDACIÓN PALIATIVA OMC Y SECPAL

La Guía incorpora un glosario en el que se recogen los términos más importantes, como la sedación paliativa, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, situación de agonía, síntoma refractario y síntoma difícil así como una definición de lo que son los cuidados paliativos.

Utilidad.

1.- Muestra los supuestos en los que está indicada la sedación paliativa/en la agonía, y en qué otros casos no es aceptable la sedación.

Así, comenzando por el final, la guía señala que no cabe instaurar tratamiento para lograr la sedación del enfermo:

- a) si con ello lo que se persigue es aliviar la pena de los familiares o la carga laboral y la angustia de las personas que lo atienden.

- b) si lo que se persigue es una “eutanasia encubierta”.

- c) en los casos de síntomas difíciles de controlar, cuando éstos no han demostrado su condición de refractarios.

Por el contrario, las situaciones más frecuentes que sí son susceptibles de aplicar un tratamiento de cuidados paliativos son a) delirium hiperactivo b) náuseas y vómitos c) disnea d) dolor e) hemorragia masiva f) ansiedad o pánico, y siempre que todos estos casos no se haya respondido a los tratamientos indicados durante un tiempo razonable.

2.- Forma de proceder del profesional en los casos de “sedación paliativa

Debe constar la existencia de un sufrimiento intenso motivado por la existencia de síntomas refractarios, que se haya recabado el consentimiento del enfermo o en su defecto de la familia, y que se haya brindado al paciente la oportunidad de satisfacer sus necesidades sociales, espirituales y familiares.

3.- Forma de proceder del profesional médico en los casos de sedación en la agonía

Que además de la concurrencia de los requisitos anteriores, que los datos clínicos constaten una situación de muerte inminente o muy próxima. Si se tuviera dudas sobre su indicación, la OMC aconseja recabar el parecer de otro colega experimentado, dejando constancia en todo caso de su conclusión en la historia clínica.

Además, recalca que la práctica de este tipo de sedación constituye un deber deontológico “*incluso cuando de ese tratamiento se pudiera derivar, como efecto secundario, una anticipación de la muerte*”.

4.- Distinción entre sedación y eutanasia.

El problema, como puede suponerse, está en si es posible o no una sedación terminal, previa petición del paciente, sin incurrir en el tipo delictivo del 143.4 CP. La frontera entre ambos términos se encuentra, siempre siguiendo a la guía objeto de comentario, en a) la intención b) el procedimiento empleado c) el resultado.

La sedación busca disminuir la conciencia con la dosis mínima necesaria de fármacos para que el paciente deje de percibir el síntoma refractario.

La eutanasia, la muerte anticipada tras la administración de fármacos a dosis letales.

¿Qué dicen las legislaciones autonómicas al respecto?

Andalucía, Navarra y Aragón ya disponen de sus propias Leyes sobre los derechos de las personas en el proceso de muerte. Todas ellas también incorporan un glosario de términos muy similar –la única que incluye la distinción que hace la OMC en su guía de “*sedación paliativa y sedación en la agonía*” es la Ley foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

Las tres Leyes distinguen dos tipos de pacientes susceptibles de recibir este tipo de tratamientos, o si se prefiere dos tipos de derechos:

- a) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales de calidad, que se reconoce a favor de los pacientes que se encuentren en situación terminal o de agonía.
- b) El derecho de los pacientes al tratamiento de dolor, en este caso a favor de pacientes que sufren un dolor que es refractario al tratamiento específico.

Aunque ninguna de las tres Leyes precisa cuál es la diferencia entre ambos derechos, entiendo que mientras que los pacientes del primer grupo sí son susceptibles de que se les aplique una sedación terminal, entendiéndolo por tal aquélla en la que los efectos son irreversibles y van a conducir inexorablemente al fallecimiento del enfermo, en el segundo grupo, en cambio lo que se debe aplicar es una sedación paliativa dirigida exclusivamente a reducir el nivel de conciencia, nada más.

En cualquier caso, éste sigue siendo uno de los puntos débiles de los cuidados paliativos, ¿qué hacemos con los pacientes con síntomas refractarios, que padecen sufrimientos evidentes, sus posibilidades de mejoría nulas, y en cambio, su muerte no parece inminente sino más bien todo lo contrario?.

Este es el paradigma de la obstinación terapéutica,

y entiendo que a priori cualquier actuación médica orientada a prolongar esa vida a través de la instauración de tratamientos que solo contribuyen a prolongar en el tiempo el sufrimiento, sería una actuación maleficente.

LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de **Lola González García**
Servicio Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias.
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Orden SPI/1117/2011, de 26 de abril, por la que se regula el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica. BOE, N° 106, 4 de mayo de 2011.
- Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. B.O.E. núm. 290, de 02 de diciembre de 2011.
- Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. B.O.E. núm. 282, de 23 de noviembre de 2011.
- Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. B.O.E. núm. 282, de 22 de noviembre de 2011.
- Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre. B.O.E. núm. 314, de 30 de diciembre de 2011.
- Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos de ámbito hospitalario y sus precios de referencia. B.O.E. núm. 314, de 30 de diciembre de 2011.
- Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. B.O.E. núm. 314, de 30 de diciembre de 2011.
- Resolución de 7 de febrero de 2012, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica la Circular n° 80 reguladora de la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. B.O.E. núm. 43, de 20 de febrero de 2012.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Orden de 7 de noviembre de 2011, por la que se establece el procedimiento de expedición y activación de la tarjeta sanitaria de Andalucía a los andaluces y andaluzas en el exterior. BOJA n° 229 de 22 de noviembre de 2011.
- Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. BOJA n° 245, de 16 de diciembre de 2011.
- Resolución de 23 de diciembre de 2011, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéu-

tica del sistema sanitario público de Andalucía. B.O.J.A. núm. 13, de 20 de enero de 2012.

- Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y ordenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo. BOJA nº 21 de 1 de febrero de 2012.
- Decreto 16/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la gestión y transferencia de los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad corresponda a las agencias y a las demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud. BOJA nº35 de 21 de febrero de 2012.
- Decreto 22/2012, de 14 de febrero, por el que se regula el uso de desfibriladores externos automatizados fuera del ámbito sanitario y se crea su Registro. BOJA nº 46 de 7 de marzo de 2012.

ARAGÓN

- Orden de 24 de noviembre de 2011, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se modifica la Orden de 27 de marzo de 2006, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se regulan los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para hacer posibles la acreditación y la renuncia a la diferentes modalidades de Complemento Específico del personal estatutario del Servicio Aragonés de la Salud. BOA nº236 de 30 de noviembre de 2011.
- Resolución de 12 de marzo de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se modifica la de 7 de septiembre de 2010, en relación con la dependencia orgánica y funcional de los puestos de trabajo de Médicos de Atención Continuada y de Enfermero de Atención continuada en Atención Primaria. BOA nº 53, de 16 de marzo de 2012.

ASTURIAS

- Decreto 12/2012, de 23 de febrero, por el que se crea una Gerencia única para la gestión del Área Sanitaria VI del Principado de Asturias. BOPA nº

49, de 29 de febrero de 2012.

BALEARES

- Decreto 111/2011, de 9 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illes Balears. BOIB, nº 194, de 29 de diciembre de 2011.
- Instrucción 9/2011, de 23 de diciembre, del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares sobre la expedición y el régimen de uso de la tarjeta sanitaria individual. B.O.I.B. núm. 196, de 31 de diciembre 2011.
- Decreto 4/2012, de 27 de enero, por el que los procedimientos tramitados por la extinguida Oficina del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears pasan a la Secretaría General del Servicio de Salud de las Illes Balears, que realizará la tramitación administrativa correspondiente. BOIB nº 24, de 14 de febrero de 2012.
- Decreto 19/2012, de 9 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illes Balears. BOIB nº 37, de 10 de marzo de 2012.
- Pacto por el que se regulan los criterios generales de la promoción interna temporal del personal estatutario del Servicio de Salud de las Islas Baleares. B.O.I.B. núm. 31, de 28 de febrero de 2012.

CANARIAS

- Decreto 339/2011, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Escuela de Servicios Sanitarios y Sociales de Canarias, aprobado por el Decreto 5/1994, de 14 de enero. B.O.C. núm. 5, de 09 de enero 2012.

CANTABRIA

- Resolución por la que se dispone la publicación del protocolo de intenciones para el plan de trabajo conjunto entre la Dirección General de Salud Pública y Sanidad Exterior del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y la Comunidad Autónoma de Cantabria para desarrollar en el año 2011 acciones relativas a programas de prevención y promoción de la salud, especialmente

en el ámbito de las enfermedades emergentes y reemergentes y de especial relevancia. BOC nº 212, de 7 de noviembre de 2011.

- Resolución por la que se ordena la publicación del Acuerdo por el que se regula la selección de personal estatutario temporal de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC nº 248, de 29 de diciembre de 2011.
- Decreto 2/2012, de 12 de enero, por el que se modifica el Decreto 139/2004, de 15 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria. BOC nº 14, de 20 de enero de 2012.
- Resolución por la que se dispone la publicación del Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria, para el desarrollo del marco de cooperación interadministrativa previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y para el establecimiento y financiación del nivel de protección acordado para el ejercicio 2011. BOC nº 23, de 2 de febrero de 2012.
- Orden SAN/5/2012, de 13 de febrero, por la que se modifica la Orden EMP/48/2009, de 24 de abril, por la que se desarrolla el catálogo de servicios del Sistema para la Autonomía Personal y la Atención a la Dependencia y se regula la aportación económica de las personas usuarias en la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC nº 38, de 23 de febrero de 2012.
- Decreto 3/2012, de 19 de enero, de estructura básica de los órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud. B.O.C.A. núm. 19, de 27 de enero de 2012.

CASTILLA - LA MANCHA

- Decreto 293/2011, de 03/11/2011, de modificación del Decreto 181/2009, de 1 de diciembre, sobre los convenios de colaboración con las entidades locales para el desarrollo de las prestaciones sociales básicas de la Red Pública de Servicios Sociales. DOCM, nº 218, de 8 de noviembre de 2011.
- Orden de 23 de noviembre de 2011, de la Consejería de Fomento, por la que se crea el sello

electrónico del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 238, de 7 de diciembre de 2011.

- Resolución de 01/12/2011, de la Dirección General de Calidad, Planificación, Ordenación e Inspección, por la que se hace pública la relación de centros autorizados para extracción, trasplante y banco de órganos y tejidos. D.O.C.M. núm. 22, de 30 de enero de 2012.
- Decreto 306/2011, de 22/12/2011, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la aplicación del índice corrector del margen de dispensación de las oficinas de farmacia que se regula en el artículo 2.8 del Real Decreto 823/2008. DOCM nº 250, de 26 de diciembre de 2011.
- Orden de 09/01/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de modificación de la Orden de 23/03/2011, de la tarjeta sanitaria individual en Castilla-La Mancha. DOCM nº 15 de 20 de enero de 2012.
- Orden de 10/01/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de modificación de la Orden de 07/04/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de creación del Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha. DOCM nº 15 de 20 de enero de 2012.

CASTILLA Y LEÓN

- ORDEN SAN/1438/2011, de 17 de noviembre, por la que se modifica la Orden SAN/496/2011, de 8 de abril, por la que se regula el procedimiento de acreditación y reacreditación de los tutores de formación sanitaria especializada en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. BOCYL nº 226, de 23 de noviembre de 2011.

CATALUÑA

- Orden SLT/318/2011, de 15 de noviembre, por la que se actualiza el calendario de vacunaciones sistemáticas. DOGC nº 6013, de 25 de noviembre de 2011.
- Resolución SLT/2788/2011, de 15 de noviembre, por la que se hace público un encargo de gestión entre el Servicio Catalán de la Salud y Sistema d'Emergències Mèdiques, SA. DOGC nº 6016, de 30 de noviembre de 2011.

- Orden SLT/346/2011, de 30 de noviembre, por la que se actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT). DOGC nº 6026, de 16 de diciembre de 2012.
- Orden SLT/348/2011, de 29 de noviembre, por la que se aprueba el programa de actuaciones estacionales del Servicio Catalán de la Salud para la coordinación de las diferentes redes asistenciales en relación con el tratamiento de determinados tipos de pacientes durante el periodo 2011-2012. DOGC nº 6016, de 30 de noviembre de 2011.
- Resolución SLT/3055/2011, de 12 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia del Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud. DOGC nº 6046, de 17 de diciembre de 2012.
- Resolución SLT/3104/2011, de 23 de diciembre, por la que se publica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (ICS) para el periodo 2012-2015. DOGC nº 6060 6 de febrero de 2012.
- Acuerdo GOV/13/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Plan de salud de Cataluña 2011-2015. DOGC nº 6060 6 de febrero de 2012.
- Orden SLT/42/2012, de 24 de febrero, por la que se regulan los supuestos y conceptos facturables y se aprueban los precios públicos correspondientes a los servicios que presta el Instituto Catalán de la Salud. DOGC nº 6079 2 de marzo de 2012.
- Decreto 209/2011, de 27 de octubre por el que se establecen las tarifas de los servicios sanitarios prestados en los centros dependientes del Servicio Galego de Salud y en las Fundaciones Sanitarias. D.O.G.. núm. 213, de 08 de noviembre 2011.
- Decreto 60/2012, de 26 enero, por el que se crea la Comisión Gallega de Estrategia contra el Dolor y se establece su composición, organización y funcionamiento. DOG nº 26, de 7 de febrero de 2012.
- Decreto 76/2012, de 9 de febrero, por el que se modifica el Decreto 310/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Sanidad. DOG nº 34, de 17 de febrero de 2012.
- Orden de 1 de marzo de 2012 por la que se reglamenta la señalización de las limitaciones en el consumo, venta y suministro de bebidas alcohólicas en locales comerciales de Galicia. DOG nº 51, de 13 de marzo de 2012.

LA RIOJA

- Decreto 140/2011, de 28 de octubre, por el que se modifica el Decreto 48/2008, de 18 de julio, por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la Comunidad Autónoma de La Rioja. BOR nº 140, de 2 de noviembre de 2011.
- Decreto 147/2011, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 18/2011, de 11 de marzo, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio público de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia, y el Decreto 25/2011, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento de acceso a las plazas públicas del servicio de atención residencial y servicio de estancias temporales residenciales para personas con discapacidad, con gran dependencia o dependencia severa, del Sistema Riojano para la Autonomía Personal y la Dependencia. BOR nº 2, de 4 de enero de 2012.
- Orden 3/2011, de 29 de diciembre, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, por la que se

EXTREMADURA

- Orden de 23 de noviembre de 2011 por la que se hacen públicos los criterios para la determinación, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, de la prestación económica a los beneficiarios que tengan reconocida la condición de persona en situación de dependencia. DOE nº 243, de 21 de diciembre de 2011.

GALICIA

- Orden de 26 de octubre de 2011 por la que se especifican los criterios técnicos y/o científicos para el acceso a la historia clínica a efectos epidemiológicos y de salud pública. DOG nº 219, de 16 de noviembre de 2011.

modifica la orden 5/2010, de 30 de diciembre, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se regulan las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema Riojano para la Autonomía Personal y la Dependencia. BOR nº 2, de 4 de enero de 2012.

- Decreto 3/2012, de 16 de febrero, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial para personas mayores en situación de riesgo o exclusión social del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales. BOR nº 24, de 24 de febrero de 2012.

NAVARRA

- Orden Foral 117/2011, de 20 de octubre, por la que se modifica la Orden Foral de 31 de octubre de 1991, del Consejero de Salud, por la que se regula la tarjeta individual sanitaria. BON nº 231, de 22 de noviembre de 2011.
- Orden Foral 125/2011, de 7 de noviembre, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 78/1996, de 21 de marzo, del Consejero de Salud, sobre normativa para la elección de representantes del personal en los Órganos de Gobierno y en las Juntas Técnico Asistenciales de los centros adscritos y órganos centrales y periféricos del Servicio Navarro de Salud.
- Osasunbidea. BON nº 239, de 2 de diciembre de 2011.
- Decreto Foral 249/2011, de 28 de diciembre, por el que se regula el programa de Atención Dental Infantil de Navarra. BON nº 256, de 30 de diciembre de 2011.
- Decreto Foral 3/2012, de 18 de enero, por el que se deroga el Decreto Foral 139/2003, de 16 de junio, por el que se establecen las condiciones de acceso a la prestación farmacológica de ayuda a dejar de fumar. BON nº 18, de 26 de enero de 2012.
- Orden Foral 142/2011, de 23 de diciembre, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 38/2011, de 4 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se desarrolla la estructura orgánica de la Dirección de Enfermería del Complejo Hospitalario de Navarra. BON nº 24, de 3 de febrero de 2012.

PAIS VASCO

- Ley 4/2011, de 24 de noviembre, de modificación de la Ley para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social. BOPV nº 233, de 12 de diciembre de 2011.
- Decreto 34/2012, de 6 de marzo, de ordenación del sistema de formación sanitaria especializada en la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV nº 53 de 14 de marzo de 2012.

VALENCIA

- Orden 12/2011, de 30 de noviembre, del consejero de Sanidad, por la que se regula el Registro de Exposiciones Biológicas Accidentales de la Comunitat Valenciana. DOCV nº 6674, de 20 de diciembre de 2011.
- Orden conjunta 1/2011, de 25 de noviembre, de la Conselleria de Sanidad, la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente y la Conselleria de Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua, por la que se regula la Comisión de Salud y Medio Ambiente de la Comunitat Valenciana. DOCV nº 6693, de 17 de enero de 2012.
- Decreto 17/2012, de 20 de enero, del Consell, por el que se modifica el Decreto 73/2009, de 5 de junio, del Consell, regulador de la gestión de ensayos clínicos y estudios postautorización observacionales con medicamentos y productos sanitarios. DOCV nº 6700, de 26 de enero de 2012.
- Decreto 20/2012, de 27 de enero, del Consell, por el que se crea el Registro Sanitario de Establecimientos Alimentarios Menores. DOCV nº 6705, de 2 de febrero de 2012.
- Decreto 30/2012, de 3 de febrero, del Consell por el que se modifica la estructura, funciones y régimen retributivo del personal directivo de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanidad. DOCV nº 6709, de 8 de febrero de 2012.
- Orden 2/2012, de 14 de febrero, del conseller de Sanidad, por la que se reestructura la demarcación territorial de los puestos del cuerpo de farmacéuticos titulares, a extinguir, y se establece el reglamento de integración de estos funcionarios en los puestos de farmacéuticos de salud pública, en desarrollo del Decreto 75/2008, de 23 de mayo, del Consell. DOCV nº 6721, de 24 de febrero de 2012.

- Orden 3/2012, de 5 de marzo, de la Conselleria de Sanidad, por la que se modifica la composición de la Comisión de Formación Especializada en Ciencias de la Salud de la Conselleria de Sanidad. DOCV nº 6734, de 14 de febrero de 2012.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista (ds@ajs.es), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



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

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: _____
 Departamento/Servicio: _____
 Número de ejemplares: _____
 Dirección: _____
 Código Postal: _____
 Población: _____
 Teléfono/s: _____
 Fax: _____
 Dirección e-mail: _____
 DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia ☐ A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria ☐

Titular de la cuenta: _____
 NIF del titular: _____
 Entidad Bancaria: _____
 Oficina: _____
 Dirección oficina: _____
 Código Entidad: (4 dígitos)
 Código Sucursal: (4 dígitos)
 Dígitos de Control: (2 dígitos)
 Cuenta: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: presidente@ajs.es
ds@ajs.es

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



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

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: presidente@ajs.es

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