

# LAS AVENTURAS DE MAFALDA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD<sup>1</sup>

*Nieves Colio Gutierrez*

En este trabajo propongo soluciones a algunos casos prácticos relacionados con el derecho sanitario.

Son situaciones que tienen lugar en la vida de un personaje ficticio (Mafalda), que se pueden dar en nuestro Sistema Nacional de Salud, así como las soluciones que nos ofrece la normativa.

**Mientras Mafalda se encuentra preparando la comida, se le vierte sin querer una olla de agua hirviendo en la cara. En el Hospital es intervenida por el cirujano plástico para tratar sus quemaduras. Es práctica habitual en el Servicio de Cirugía Plástica realizar fotos del paciente. Estas fotos se incorporan al historial clínico. Los médicos del Hospital, que tienen todos acceso a todos los historiales clínicos, empiezan a entrar de forma masiva y sin justificación médica alguna al historial de Mafalda para ver las fotos. Algunos incluso las pasan por whatsapp a sus amigos.<sup>1</sup>**

La historia clínica informatizada es algo necesario a los efectos sanitarios, pero es cierto que facilita el acceso a personas que no deben entrar, como por ejemplo médicos no implicados en la asistencia del paciente, personal administrativo del centro sanitario, etc...

En el supuesto de hecho se han permitido accesos ilegítimos a la historia clínica informatizada de la paciente, lo que vulnera el derecho a la intimidad

personal y familiar de la misma, además de su derecho a la protección de datos personales.

No se ha podido impedir el acceso casi indiscriminado de profesionales no implicados en el diagnóstico y tratamiento de la paciente al historial clínico informatizado de la misma, accesos que por ello se consideran ilegítimos.

Los centros sanitarios que hayan implantado la historia clínica electrónica deberían establecer mecanismos mediante los cuales sea posible controlar que sólo los médicos que asisten al paciente tienen acceso al mismo. No se protege la intimidad de los pacientes si todos los trabajadores del centro sanitario tienen acceso (mediante usuario y contraseña) a las historias clínicas de todos los pacientes.

Si se tratara de un hospital de la red pública, cabría la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, puesto que existe un funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

En conclusión, el acceso a la historia clínica del paciente se ha de garantizar a los profesionales sanitarios que asisten al mismo, no a todos los médicos del Hospital.

---

<sup>1</sup> III premio nacional de Derecho Sanitario convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario, Fundación A.M.A. y Fundación de Lorenzo.

**Mafalda interpone una demanda contra su aseguradora porque le deniega el pago de la indemnización por la asistencia sanitaria a causa un accidente de tráfico que sufrió. La aseguradora solicita en el procedimiento civil al Juzgado la aportación al mismo de la totalidad historial médico de Mafalda. ¿Es esto posible?**

En este caso el acceso a la historia clínica está ligado con el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplada en el artículo 24 de la Constitución.

La aseguradora en principio no tiene acceso a la historia clínica de Mafalda, puesto que el titular de la información sanitaria es el propio paciente, y no es posible a priori acceder a la misma sin su autorización.

Pero una posibilidad de la que dispone la aseguradora es solicitar al Juez que ordene al hospital aportarla como prueba documental en el pleito. En este caso, en el juicio la aseguradora ha de proponer que se practique como medio de prueba documental la aportación de la historia clínica. Si el tribunal la admite como prueba, enviará oficio al hospital solicitando que aporte al juicio la historia clínica (o la parte necesaria de la misma) de la paciente.

La Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en su artículo 11.2.d. exceptúa de la regla general del consentimiento del interesado cuando la *“comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario... los Jueces y Tribunales... en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”*.

Juega un papel importantísimo en este caso el principio de proporcionalidad. Es decir, debe aportarse al juzgado aquello que sea imprescindible para resolver el asunto de que se trate, puesto que en la historia clínica habrá datos no relacionados con el asunto y cuyo conocimiento no sea necesario para el juez a la hora de dictar sentencia. El juez ha de concretar en su petición los documentos de la historia clínica que necesite conocer.

En este caso, el centro sanitario no deberá remitir al juzgado la totalidad del historial médico, sino únicamente lo relacionado con la asistencia sanitaria prestada a causa del accidente concreto. Si la petición del juzgado no es concreta, el centro sanitario deberá solicitar al mismo que determine sobre qué asistencias se ha de mandar la información.

Para el centro sanitario, constituye una obligación el aportar al juzgado la documentación solicitada, ya que, como indica la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe 36/2004, *“la decisión de no facilitar dicha información o facilitarla parcialmente, resultaría contraria a lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución, a cuyo tenor “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*.

**Manuel, el hijo de 11 años de Mafalda está muy deprimido, por lo que su madre decide llevarlo al psiquiatra. Beltrán, el ex marido de Mafalda, y padre de Manuel quiere conocer el contenido del historial clínico psiquiátrico de su hijo, a lo que Mafalda se opone. En la sentencia de divorcio, se establece que la patria potestad la ostentan ambos progenitores, mientras que la guardia y custodia de Manuel corresponde únicamente a Mafalda.**

Para poder acceder al historial médico de su hijo el padre no custodio deberá dirigir un escrito con la solicitud a la Dirección del centro sanitario en el que está siendo tratado el menor, aportando copia fehaciente de la sentencia de divorcio, en la que conste que la patria potestad es compartida, así como del libro de familia, acreditando al relación de parentesco. El centro ha de dar traslado a la madre, para que en 10 días alegue lo que estime oportuno. El centro sanitario, tras comprobar que la documentación está en regla, deberá dar acceso al padre historial clínico de su hijo.

El bien jurídico protegido en este caso es el derecho a la intimidad del niño, así como el deber de confidencialidad del médico, que supone la obligación del profesional sanitario o del médico de mantener en secreto (secreto profesional y secreto médico respectivamente) cualquier información proporcionada por su paciente en el ámbito estricto de la relación médico-paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin su permiso específico.

Todo ello deriva del derecho a la intimidad, que protege contra una serie de intromisiones no deseadas en la libertad individual del paciente. La intimidad es pues, un derecho del mismo y, como tal, está

recogido en la Ley General de Sanidad y en 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 (artículo 7).

El Tribunal Constitucional ha reconocido que el respeto a la intimidad constituye una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de la actividad profesional —que por su propia naturaleza o proyección social se estima merecedora de tutela—, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas la esfera de la personalidad que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza.

**Cayetana, una de las amigas de Mafalda, fallece tristemente en un accidente de tráfico. En su testamento consta que tenía contratada una póliza de seguro de vida en la que la beneficiaria era su amiga Mafalda. A la hora de cobrar la indemnización, la aseguradora le pide el certificado de defunción de Cayetana, así como otra documentación médica, para realizar ciertas comprobaciones. Mafalda acude al Hospital y solicita el historial clínico de su amiga, pero el centro le deniega su solicitud ¿Es la actitud del centro correcta? ¿Puede hacer algo Mafalda?**

El artículo 18.4 de la Ley 41/2002 dispone que *“Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite”*.

En este caso, al no ser Mafalda familiar de su amiga Cayetana, en principio no tendría derecho de acceso a su historia clínica, por lo que el personal del Hospital debería denegar dicho acceso. Una de las opciones que tendría Mafalda sería la de solicitar dicho acceso como diligencia preliminar de las contempladas en el artículo 256.1.5 bis de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que establece que todo juicio podrá prepararse: *“Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley”*.

La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal establece en su artículo 11 que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. Pero contempla como excepciones en las que no es necesario contar con el consentimiento del interesado, entre otros casos, en el artículo 11.2.d *“cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”*. Es decir, al solicitarlo el juez, el hospital sí está obligado a proporcionar dicha información al juzgado, que luego en su caso la remitirá a Mafalda.

**Mafalda acude a la consulta de su médico de cabecera. El médico sospecha que la paciente puede estar tomando sustancias estupefacientes, y así lo hace constar en su historia clínica como anotación subjetiva, pues piensa que es importante para un posible tratamiento. ¿Tiene derecho el médico a plasmar dicha impresión en la historia clínica? ¿Podría Mafalda solicitar su eliminación?**

No existe una definición precisa para el concepto de anotaciones subjetivas, variando el mismo según la normativa de las distintas Comunidades Autónomas, por lo que se trata de una cuestión que plantea dificultades prácticas, ya que la ley no aclara qué son, ni su significado.

Aparecen en el artículo 18 de la Ley 41/2002:

*3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de 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.*

*4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a*

*las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.*

Es decir, ante el derecho de acceso del paciente a su historia clínica, los profesionales sanitarios pueden oponer la reserva de sus anotaciones subjetivas.

Esto puede suponer varios problemas en la práctica, puesto que el hecho de que se contemple la posibilidad de que los médicos puedan oponer la reserva de unas anotaciones obliga a que deba notificárseles cada vez que un enfermo pida la historia y a que se establezca un período de alegaciones antes de entregarla. Para separar las anotaciones subjetivas del resto de datos médicos, y diferenciarlas bien, el médico debería anotarlas en hoja aparte, y dejar claro que son anotaciones subjetivas.

Por muchos juristas se consideran como un concepto jurídico indeterminado. Son impresiones personales sobre el paciente o su entorno social, actitud, comportamiento o reacciones del paciente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 2006/162708).

Quedarían pues como anotaciones subjetivas solamente las opiniones del facultativo cuyo origen no es deducible objetivamente y que no surgen de la observación de un hecho biológico o de su evolución, ni plantean alternativas diagnósticas o decisiones clínicas, y que son sólo consideraciones personales anotadas como ayuda propia o como orientación para algún colega.

La historia clínica del paciente contiene no solo datos objetivos sobre la atención recibida, sino además datos personales y propios de estudios, hipótesis, impresiones del profesional y comentarios de realizados por familiares del paciente, que en definitiva no pertenecen a éste último, sino al propio profesional que le atendió, es decir las anotaciones subjetivas.

Trasciende de la mera recopilación de datos obtenidos a través de pruebas o exámenes médicos, lo que implica la propiedad intelectual del médico sobre las mismas y el reconocimiento de su derecho moral como autor, en los términos en los que se contempla

en la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Algunas definiciones dadas por la jurisprudencia y doctrina serían las siguientes:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de octubre de 2007 “hipótesis, impresiones plasmadas en papel que no se corresponden estrictamente al contenido de la historia”.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de febrero de 2006 “impresiones personales sobre el paciente o su entorno social, actitud, comportamiento o reacciones del paciente”.
- La Agencia Española de Protección de Datos tampoco entra a definir las anotaciones subjetivas como concepto, pero establece que no cabe realizar una invocación genérica a dicho concepto para no entregar un documento. Habrá que entregar copias “sin que aparezcan en ellas las anotaciones subjetivas” (Resolución 611/2008, 2 de junio).

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, establece como obligación del responsable del tratamiento el hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado. Los datos que podrán ser rectificadas o cancelados serán aquellos cuyo tratamiento no se ajuste a la ley, y particularmente, cuando resulten inexactos o incompletos.

Por lo tanto, mientras los datos no resulten inexactos, no podrán ser cancelados a solicitud de la paciente.

**Mafalda había sido operada mediante cateterismo cardiaco 10 años atrás a causa una cardiopatía. Tiempo después, acude a Urgencias por dolor en el pecho. Es sometida al día siguiente a un cateterismo cardiaco, pero nadie le informó previamente sobre dicha intervención ni se obtuvo su consentimiento. A consecuencia la operación, Mafalda sufrió una pérdida de la funcionalidad de la mano derecha.**

La cuestión es si la intervención llevada a cabo sobre la paciente sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias supone o no una

lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el artículo 15 de la Constitución. Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio).

El derecho a la integridad física y moral resulta afectado cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, así que dicha asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional de 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio).

¿La omisión del consentimiento informado lesiona el derecho a la integridad física de la paciente? En primer lugar, sería necesaria la determinación de la naturaleza del consentimiento informado, para concretar si forma parte del derecho fundamental a la integridad física y moral. El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad física, permitiéndole escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Para que esa facultad de consentir pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con toda información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento.

El consentimiento informado es considerado como un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar afectados por las actuaciones médicas, y una consecuencia implícita y obligada de la garantía del

derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan constituir una lesión al propio derecho fundamental.

¿Ha de recabarse el consentimiento informado del paciente siempre por escrito? No. Según el artículo 8.2 de la Leu 41/2002, el consentimiento será verbal como regla general. Como excepciones, contempla: casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores y en general procedimiento que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa en la salud del paciente. La voluntad del legislador es que el consentimiento sea verbal en la mayor parte de actuaciones realizadas de modo habitual sobre los pacientes. De lo contrario, tendríamos un funcionamiento nada eficaz ni eficiente del servicio sanitario, que daría más relevancia al documentalismo que al acto sanitario en sí.

Ahora bien, la omisión no implica necesariamente que se haya producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física de Mafalda, sino que hay que valorar las circunstancias del caso para determinar si dicha omisión se encontraba justificada o no desde un punto de vista constitucional. Y es que el referido derecho fundamental no es un derecho absoluto ni ilimitado, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes.

En un principio podría defenderse que existe causa suficiente para exonerar de la necesidad de dar al paciente la información previa a la prestación de su consentimiento para la intervención, atendidas las circunstancias del caso (por el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia de la nueva intervención). Pero ello no resulta acorde con el contenido propio del derecho fundamental afectado, ni con la exigencia de una interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de dicho derecho (como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1999, de 27 de julio).

Si la razón que motivó la asistencia a Urgencias de Mafalda fuera de “riesgo vital”, habría que intentar obtener el consentimiento e informar a los familiares. Pero como la decisión médica de la intervención no se realizó hasta el día siguiente, es dudoso el “riesgo vital” en este caso.

**A Álvaro, actual marido de Mafalda le diagnostican un tumor, que hace necesario que sea tratado con quimioterapia. Ante la posibilidad de quedar estéril, decide crioconservar su semen. Finalmente fallece. En la documentación de la crioconservación, no se observa ninguna indicación acerca de qué hacer con el material depositado en caso de fallecimiento. Mafalda pretende usarlo para tener otro hijo.**

En cuanto a la regulación de la procreación post mortem en otros países, nos encontramos en España con un régimen bastante más permisivo que en el resto de los mismos. Así, mientras que la fecundación post mortem está absolutamente prohibida en Suecia, no está permitida en Alemania, Francia o Italia, se perfila con limitaciones en Portugal y Reino Unido, y adolece de falta de regulación en gran parte de Estados Unidos, en nuestro país se admitió ya con bastante amplitud en la Ley de Reproducción de 1988, manteniéndose dicha previsión en la actual Ley de 2006.

Según el artículo 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *“el semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede”*.

En principio, según el artículo 9.1 no podría determinarse legalmente la filiación del futuro hijo y el fallecido, puesto que el material reproductor no se encuentra en el útero de Mafalda en el momento del fallecimiento del marido. Únicamente podría determinarse legalmente la filiación (y así reconocerse efecto y relación jurídica entre el fallecido y el bebé) en caso de que Mafalda lograra probar que el marido prestó su consentimiento (en escritura pública, testamento, documento de instrucciones previas, etc...) a que su material reproductor pudiera ser usado en los doce meses siguientes a su muerte para fecundarla.

Documentalmente no existen los requisitos requeridos por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para poder ser empleado el material reproductor del esposo, una vez fallecido, para la inseminación a su viuda. Todo ello sin perjuicio de que a través de un procedimiento judicial se pudieran exhibir documentos que acreditaran la voluntad del fallecido, en el sentido pretendido por su esposa.

**Mafalda, en su intento por recuperar la movilidad de su mano que quedó comprometida tras el cateterismo, acude al médico de cabecera del Hospital, que le receta 4 pastillas cada 8 horas de un antihistamínico.**

**Según la Agencia Española del Medicamento, la posología de dicho medicamento es de 1 cada 8 horas para el tratamiento de alergias, no de patologías como la sufrida por Mafalda.**

**¿Está realizando el médico un ensayo clínico sobre Mafalda? ¿Debe ésta preocuparse?**

Un ensayo clínico puede definirse como toda investigación efectuada en seres humanos para determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y excreción de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su seguridad y/o su eficacia. Por medicamento en investigación ha de entenderse la forma farmacéutica de una sustancia activa o placebo que se investiga o se utiliza como referencia en un ensayo clínico, incluidos los productos con autorización de comercialización cuando se utilicen o combinen (en la formulación o en el envase) de forma diferente a la autorizada, o cuando se utilicen para tratar una indicación no autorizada, o para obtener más información sobre un uso autorizado.

El médico está realizando un ensayo clínico con Mafalda, puesto que actúa con la finalidad de determinar si la administración del antihistamínico puede devolver la funcionalidad a la mano de Mafalda. De esta forma, el medicamento se convierte en este caso en un medicamento en investigación, puesto que es utilizado en tomas y casos diferentes a los que está autorizado por la AEMPS.

Podría pensarse que se trataría de un estudio observacional, pero no es el caso, ya que según el artículo 2 c) del Real Decreto 223/2004, en el estudio observacional los medicamentos se prescriben de la manera habitual y de acuerdo con las condiciones normales de la práctica clínica, que para la norma citada son las establecidas en la autorización de comercialización.

En este caso, el médico no está cumpliendo con la obligación establecida en el artículo 61 de la citada

Ley y con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 223/2004, conforme a los cuales el promotor de un ensayo clínico con medicamentos en investigación tiene la obligación de contratar, con carácter previo a realizar el ensayo, un seguro u otra garantía financiera que cubra los daños y perjuicios que como consecuencia del ensayo puedan resultar para la persona en que hubiera de realizarse.

El artículo 101.2.c.7º de la Ley 29/2006 tipifica como infracción muy grave realizar ensayos clínicos sin contar con el consentimiento del sujeto del ensayo o, en su caso, de su representante legal, o el incumplimiento, por parte del investigador, del deber de información sobre el ensayo clínico a quien participa como sujeto del mismo. El artículo 60 de la citada Ley, relativo a las garantías de respeto a los postulados éticos, dispone en su apartado 4 que el sujeto del ensayo clínico ha de prestar su consentimiento libremente y por escrito, después de haber sido informado sobre su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos. El artículo 7 del Real Decreto 223/2004, dispone que el sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno, así como que el consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento.

**Mafalda, al ser madre de 6 hijos varones, tiene la ilusión de tener una niña. Desea tener una niña para que la cuide en su vejez, como hizo Mafalda con su propia madre. Por ello, consulta con el especialista sobre la posibilidad de usar las técnicas de reproducción asistida para engendrar una hija, alegando que padece una ansiedad muy grande y le provoca un grave sufrimiento el hecho de tener 6 hijos varones y ninguna chica, de hecho aporta informes médicos que aconsejan someterse a las técnicas de selección genética para tener una hija y curar su depresión.**

La Ley 42/1998, (derogada por la Ley 14/2007 de Investigación Bioética) establecía:

*Artículo 8.2. La aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar para la consecución de los fines y en los supuestos que a continuación se expresan:*

*c) Con fines terapéuticos, principalmente para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, evitando su transmisión; o para crear mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía, al trasplantar células, tejidos u órganos de los embriones o fetos a enfermos en los que están biológica y genéticamente alterados o falten.*

Fuera de estos supuestos, tanto la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida como el ‘Convenio de Oviedo’, prohíben terminantemente la selección del sexo de los hijos, considerándola una infracción muy grave (El artículo 26.2.c.10ª de la Ley 14/2006 contempla como infracción muy grave “La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizado”).

El Convenio de Oviedo en su artículo 14, establece que: «No se admitirá la utilización de las técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo».

El asunto puede verse también a la luz del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 1997, donde, dentro de las disposiciones relativas a la protección del genoma humano, se prescribe la no admisión de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (Artículo 14 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, publicado en el B.O.E. de 20 de octubre de 1999).

Cabe preguntarse si la finalidad terapéutica ha de ser para el hijo o puede ser para la madre.

En mi opinión, el fin terapéutico legitimador de la selección de sexo no se puede proyectar sobre la madre ya que el único destinatario de la misma es ‘el o la que va a venir’, y podría implicar una lesión o agravio al valor supremo de la dignidad humana y a los principios éticos. Además, pueden aparecer muchos inconvenientes si se autorizara la selección de sexo no terapéutica, algunos de los cuales son: la

discriminación femenina, la discriminación económica (sólo las clases pudientes podrían acceder a la técnica), el desequilibrio demográfico, la realización de prácticas caprichosas, la frustración de la pareja en caso de error en la selección, etc...

Los hay quienes se muestran a favor de permitir esta práctica por razones no terapéuticas, apelando a la autodeterminación personal que conlleva la libertad reproductiva y a la responsabilidad de las parejas que lo solicitan. La realidad es que se trata de una práctica rechazada por la mayoría de los países de nuestro entorno.

En cuanto a la posibilidad de que la selección de sexo se realice a cabo técnicamente en el extranjero para luego llevarse a cabo la fecundación o, en su caso, la transferencia embrionaria en España, supondría pasar por encima de las normas prohibitivas en esta materia que rigen en nuestro país y que son de carácter imperativo.

Un caso similar fue resuelto mediante Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de noviembre de 1990. En contra del criterio del Juzgado de Primera Instancia, determinó que la finalidad terapéutica no es para la madre, sino para el bebé. La cuestión se centra pues en determinar la interpretación que se le dé a "excepción terapéutica".

Mediante una interpretación extensiva de la misma la finalidad terapéutica se aplicaría no solo a los nacidos mediante selección de sexo para evitar la transmisión de enfermedades de tipo hereditario, sino también a las usuarias de las técnicas. Esta es la línea que adoptó el tribunal de primera instancia de Mataró aplicando la finalidad terapéutica respecto de la madre como "terapia" a su depresión sufrida por no tener una hija. Inversamente, la Audiencia Provincial de Barcelona realizó una interpretación restrictiva de la cláusula aplicándola respecto únicamente de los descendientes, excluyendo a los progenitores.

¿Pero cuál de las dos interpretaciones se acerca más a la voluntad del legislador español? El Convenio de Oviedo parece decantarse por la interpretación restrictiva en su artículo 14.

**Aitana, hermana de Mafalda está embarazada. Acude de parto al Hospital, donde dice al personal que la atiende que está**

**siendo tratada por el VIH, con tratamiento antirretroviral desde que comenzó el embarazo. El personal del Hospital inicia el tratamiento tanto de la madre como del bebé recién nacido.**

**Aitana se niega a que dicha información sea comunicada a su pareja, padre del bebé. ¿Cómo debe proceder el personal sanitario? ¿Debe informar al padre de que el bebé tiene VIH?**

El artículo 154 del Código Civil señala:

*"Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.*

*Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

*a) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".*

El artículo 68 del Código Civil establece que: *"Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".*

Según la doctrina, el ejercicio de la patria potestad, en concreto, la derivada del apartado primero del artículo 154, supone el deber, por parte de los padres, de cuidar tanto de la salud como de la seguridad personal de los hijos. Por tanto se entiende que el deber genérico de cuidado del hijo, impuesto a los padres, engloba el específico deber de cuidar de su salud. Dicho deber alcanza el de garantizar su asistencia médica.

En el ámbito internacional pueden destacarse la Resolución número C-148/37 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados de 16 de junio de 1986 o las Recomendaciones dirigidas a los padres por la Comisión Hospitalaria de la CEE, respecto al tratamiento de los niños hospitalizados.

El incumplimiento del deber que tienen ambos padres de cuidar de su hijos y, por lo tanto, de



garantizar que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria, determina la aparición de la oportuna responsabilidad,

Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo Sentencia núm. 950/1997, de 27 de junio: *“los citados padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y que el Código Civil (artículo 110) dispone que los padres están obligados a velar por los hijos menores, incluso aunque no ostenten la patria potestad”*.

Por tanto, el padre tiene derecho a conocer los datos relacionados con la salud de su hijo, especialmente cuando los mismos sean relevantes, aun cuando la madre se oponga. De otro modo se lesionaría el derecho del otro cónyuge al ejercicio conjunto de la patria potestad y el inexorable deber de velar por el cuidado del hijo.

**Mafalda y su familia son Testigos de Jehová. Se le va a realizar una intervención a Lorenzo, el hijo de 11 años de Mafalda, y ésta se niega que ante una complicación en la misma, se le realice una transfusión de sangre.**

El derecho a la autonomía del paciente consiste en que éste puede rechazar un tratamiento médico prescrito por la autoridad sanitaria (artículo 2.4 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente).

La autonomía del paciente como bien jurídicamente protegido surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal y como ha sido plasmada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En el ámbito de la salud el derecho a decidir libremente fue incorporado a la Ley General de Sanidad otorgando un ámbito de libertad que abre al paciente un conjunto de derechos que obtienen su correspondiente protección, mediante la imposición de obligaciones a los centros sanitarios, que se insertan en el desarrollo de la correcta prestación

Si el paciente fuera mayor de edad, según el artículo 5 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, y los artículos 2 y 8 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, primaria la

voluntad del mismo, como ha reiterado en numerosas ocasiones nuestros tribunales (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, 26 de septiembre de 2000, 27 de abril y 27 de septiembre de 2001), y como se recoge también en el vigente Código de Deontología Médica de 2011, por lo que no se podría mantener el criterio de actuación bajo el amparo del «estado de necesidad» o de la consideración de un «deber legítimo de actuar», ni actuar conforme a la «lex artis» cuando esta impone el respeto a la voluntad expresada por el paciente.

Pero en casos de menores de edad (concretamente, menores de 16 años) la Ley 41/2002 indica que opera el consentimiento por representación, y los padres o tutores pueden manifestar su negativa a la aplicación del tratamiento, ya que el artículo 9.5 de la Ley 41/2002 dispone que el consentimiento por representación debe prestarse *«siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»*. Según la literalidad de este precepto, si el médico duda de que el consentimiento de los padres no respeta la dignidad del menor, ha de solicitar el auxilio e intervención judicial.

La Fiscalía General del Estado emitió la Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, en la que se establece el procedimiento para cuando se vea comprometido el derecho a la vida o la integridad de un menor de edad.

Los primeros pronunciamientos judiciales sobre testigos de Jehová en España se refieren a quejas planteadas contra jueces por haber autorizado transfusiones de sangre en contra de la voluntad del paciente, por entender vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 de la Constitución).

Estos pronunciamientos se basan esencialmente en la preeminencia del derecho a la vida sobre la libertad religiosa, y así las repuestas del Tribunal Supremo—, en los Autos de 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983— iban por la consideración de la existencia de una eximente de «estado de necesidad» que excluía la responsabilidad penal, en cuanto que el mal que se trataba de evitar era superior al mal causado; y en otras se acudía a la aplicación de la eximente de actuar en el ejercicio legítimo de un deber.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996 de 28 de octubre, reconoce por un lado que,

salvo causa justificada, la asistencia médica coactiva es una lesión de un derecho fundamental, –reconociendo la doctrina anterior sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, y por otro lado, introduce otro criterio delimitador de la autonomía del sujeto cual es la «la *lex artis médica*», y así manifiesta expresamente en su Fundamento Tercero que la transfusión de sangre es «*un remedio cuya utilización, por pertenecer a la lex artis del ejercicio de la profesión médica, solo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo*».

Nuestra jurisprudencia ha afrontado esencialmente la negativa a la transfusión de sangre de los testigos de Jehová como un conflicto entre el derecho a la vida por un lado con el derecho a la libertad religiosa por otro. En cuanto al problema de si resulta más digno para el menor respetar su derecho a la vida o, por el contrario, su derecho a la libertad ideológica y religiosa, entraría en juego el criterio del principio de proporcionalidad a favor del derecho a la vida en cuanto que es sustrato material para el ejercicio de los demás derechos. Se trataría de una decisión de consecuencias irreversibles, no susceptible de modificación tras una posterior evolución o maduración de la personalidad del menor. Por ello hay que procurar que el menor alcance la mayoría de edad, para que con plena capacidad sobre sus creencias y convicciones decida lo que corresponda.

El artículo. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, establece que: «*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*», lo que nos conduce necesariamente a la regla de la proporcionalidad de derechos, y entre la vida del menor y su libertad religiosa o su incolumidad corporal.

Además, existe el concepto “interés del paciente”, recogido en los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. Según el artículo 6 del mismo, cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada.

Además, su artículo 9.5 establece que el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente.

Existe un caso paradigmático resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 154/2002. Un menor de 13 años tiene un accidente en bicicleta, y tanto él como sus padres se niegan a la transfusión. El hospital solicitó y obtuvo autorización judicial por acontecer riesgo vital. La intervención no pudo realizarse porque el terror con el que el menor la rechazaba entrañaba riesgo de hemorragia cerebral. Ya en su casa y muy crítico tras varias intervenciones judiciales, fue intervenido, pero falleció porque era tarde para la transfusión. El Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebato y obcecación en función de sus creencias religiosas. Pero el Tribunal Constitucional declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

Cuando existe grave riesgo, se debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad (ya venga expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales) cuando sea contraria a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad. Cuando tales circunstancias aparezcan, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad competente por el médico.

Según el artículo 158 del Código civil, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.

El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por tanto, la actuación del médico ante la necesidad de transfusión de sangre a un menor testigo de Jehová a la que sus padres se oponen sería la siguiente:

- Si se trata de una Urgencia. Si existe indicación médica de transfusión, se llevará a cabo la misma. Se informará al Juez del Guardia y al ministerio Fiscal. No será necesario esperar su respuesta.

- Si no se trata de una Urgencia. El paciente (sus representantes legales) deberá solicitar el alta voluntaria al no aceptar la transfusión. Se notificará la misma al Juez y al Ministerio Fiscal, junto con la opinión del médico. Se habrá de esperar a la decisión del Juez antes de que el paciente abandone el Hospital.

**Mafalda, ante un grave trastorno mental intenta quitarse la vida tirándose a las vías del tren es llevada a Urgencias. Salva la vida, pero el personal sanitario decide su ingreso en el Servicio de Psiquiatría. Mafalda se niega, pero no es dueña de sí misma y desvaría. ¿Qué puede hacer el personal del Hospital?**

Según el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el internamiento por trastorno psíquico de Mafalda en principio requiere de autorización judicial del juzgado del domicilio de residencia de Mafalda. Pero en caso de urgencia (como en el supuesto de hecho), cuando se hace necesaria la inmediata adopción de la medida del internamiento, la autorización puede ser en momento posterior. El responsable del Servicio de Psiquiatría del Hospital en el que esté internada Mafalda habrá de comunicar dicho internamiento al Juzgado del domicilio del Hospital en las 24 horas siguientes al internamiento. El Juez deberá ratificar o no dicho internamiento en un plazo máximo de 72 horas, tras haberse personado en el Hospital para comprobar el estado de Mafalda.

El Juez ratificará en su caso el internamiento mediante Auto, que mandará al Hospital, e impondrá la obligación de los facultativos que atiendan a Mafalda de informar sobre la necesidad de mantener la medida (habrán de ser enviados informes cada 6 meses, a no ser que se establezca un plazo menor).

Cuando los facultativos consideren que ya no es necesario mantener a Mafalda internada, le darán el alta, y se comunicará inmediatamente al Juzgado.

**Olivia, la hermana de Mafalda necesita un trasplante de riñón. Tras realizarse las pruebas médicas pertinentes, todo indica a que un riñón de Mafalda sería compatible, y podría salvar la vida de su hermana.**

### **¿Podría Mafalda donarle uno de sus riñones?**

Previamente sería necesario un riguroso estudio acerca de los riesgos y beneficios tanto para la donante y la receptora, así como una exhaustiva evaluación según los mejores estándares éticos.

En España la donación y el trasplante se encuentran regulados por la Ley de Trasplantes que garantiza:

- El altruismo de la donación. Nadie puede donar ni recibir un trasplante con otras intenciones o medios que no sea la solidaridad altruista.
- La equidad en el acceso al trasplante. Todos tenemos el mismo derecho y las mismas posibilidades de recibir un trasplante, independientemente de nuestro lugar de residencia o de cualquier otra coyuntura personal. Esto es así, porque existe una red nacional de coordinación y trasplantes, sometida a rigurosos controles para verificar la igualdad de todos los ciudadanos.

Como establece el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, el procedimiento a seguir para la donación y trasplante serían los siguientes:

- El donante ha de ser mayor de edad, y gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.
- La donación sea compatible con la vida del donante.
- El donante ha de haber sido informado previamente de las consecuencias y riesgos de la donación así como de las posibles contraindicaciones,
- El donante deberá otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.
- El destino del órgano obtenido será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.
- Han de esperarse suficientes posibilidades de éxito del trasplante.

- Si existen sospechas de que se altera el libre consentimiento del donante o se sospeche que media condicionamiento económico, social, psicológico o de cualquier otro tipo, no se realizará.
- En cualquier caso, para proceder a la obtención, será necesario disponer de un informe del Comité de Ética correspondiente.
- Será necesaria la presentación ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde ha de realizarse el trasplante de una solicitud del donante o comunicación del Director del centro sanitario en que vaya a efectuarse, en la que se expresarán las circunstancias personales y familiares del donante, el objeto de la donación, el centro sanitario en que ha de efectuarse la extracción, la identidad del médico responsable del trasplante y se acompañará el certificado médico sobre la salud mental y física del donante.
- Mafalda deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez. El documento de cesión del órgano donde se manifiesta la conformidad de Mafalda será extendido por el Juez y firmado la misma, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Entre la firma de dicho documento y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo Mafalda revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna.
- La obtención del riñón de Mafalda sólo podrá realizarse en un centro sanitario expresamente autorizado para ello. Deberá proporcionarse a Mafalda la asistencia sanitaria necesaria para su restablecimiento tras la extracción.

**Almudena, la hija de Mafalda, recién cumplidos los 16 años se queda embarazada. Está de 13 semanas cuando acude al Hospital con una amiga de su misma edad solicitando que se le practique una interrupción voluntaria del embarazo, alegando que “no le apetece nada tener un hijo ahora”. Una vez practicado el aborto, Mafalda se entera y acude al Hospital a pedir explicaciones, puesto que su hija es menor de edad.**

Según el artículo 145 del Código Penal:

*1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.*

*2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.*

*3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.*

La cuestión del aborto ha sido modificada no mucho tiempo atrás en España. Antes del 2010, se encontraba regulada en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de 1985. Esta ley despenalizaba el aborto en tres supuestos: riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer embarazada (indicación), violación (indicación criminológica) y malformaciones o taras, físicas o psíquicas, en el feto (indicación eugenésica). De acuerdo con esta ley, la gestante podía interrumpir el embarazo en centros públicos o privados en las primeras 12 semanas en el caso criminológico, en las 22 primeras semanas en el eugenésico, y en cualquier momento del embarazo en el caso terapéutico.

Actualmente, la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo reconoce que todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público. Esta Ley, conocida en España como la “Ley del Aborto”, que fue promulgada tras mucha polémica, establece que los términos de la misma se interpretaran del modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la interrupción voluntaria

del embarazo. El legislador, en vez de hacer hincapié en la protección de los derechos del no nacido, lo hace en la protección de los derechos de la mujer.

El médico que le atienda, antes de realizarle un aborto ha de proporcionarle información sobre las ayudas y prestaciones públicas disponibles para embarazadas, derechos laborales derivados de la maternidad, centros en los que recibir información adecuada sobre anticoncepción etc... Ha de informarse también de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales tanto de la continuación del embarazo como de la interrupción del mismo. Entre el haber informado de estas circunstancias a la mujer y la realización del aborto deben mediar al menos 3 días. En estos casos, el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010 establece que: *“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada”*. No se exigen más requisitos que la información a suministrar a la mujer comentada ut supra.

En relación a ser menor de edad (tener 16 años) para la prestación del consentimiento informado en caso de aborto, el artículo 13. Cuarto equipara esta edad a la mayoría de edad, al establecer que: *“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”*. Es por ello que la pretensión de Mafalda de haber sido informada de la interrupción del embarazo de su hija carece de fundamento.

**Mafalda se queda embarazada. En su Hospital, al no disponer de los ecógrafos necesarios para ello, no le realizan el diagnóstico prenatal, simplemente le realizaron unas ecografías muy básicas. Tiene un bebé con severas malformaciones, lo que provoca que Mafalda tenga que dejar su trabajo y dedicarse por completo a ella, ya que no puede ni podrá nunca valerse por sí misma. ¿Puede reclamar algo?**

En este caso Mafalda puede interponer una reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en relación con la prestación de la asistencia sanitaria. En caso de que dicha reclamación administrativa fuera desestimada por la Administración, le queda abierta la vía judicial

contencioso-administrativa. Basaría la reclamación en las siguientes causas:

- Las ecografías realizadas en el hospital no han podido efectuar un diagnóstico prenatal, el Hospital tenía obligación de tener unos ecógrafos que permitieran realizar ecografías de mayor calidad.
- La realización de ecografías con más detalle hubiera permitido diagnosticar las malformaciones del feto. Se privó a Mafalda de la opción de haber procedido a una interrupción voluntaria del embarazo. Se le privó de unos medios diagnósticos, que hubieran dado información suficiente para que Mafalda tuviera la oportunidad de tomar una decisión al respecto. La no utilización adecuada de esos controles del embarazo, al alcance de la Administración, han afectado a la oportunidad de Mafalda, lo que constituye un daño indemnizable.
- Las ecografías no eran acordes a los protocolos. Según la obligación de medios que debe disponer la Administración sanitaria para preservar el derecho constitucional a la salud, está el que se ponga a disposición del ciudadano los medios personales y materiales que permitan velar por la efectiva protección de dicho derecho.

Podría reclamar una indemnización por daños y perjuicios debido a la mala praxis en la que consiste la omisión de dichas pruebas diagnósticas prenatales. El daño, tanto moral como económico experimentado por Mafalda, ya que ocuparse de su hija por graves malformaciones y su incapacidad para cualquier tipo de actividad de por vida, produce gastos extraordinarios de todo tipo para Mafalda. En circunstancias normales, los gastos derivados de la crianza de los hijos no son un daño, pero cuando las circunstancias se separan de lo normal, implican una carga económica muy superior a la ordinaria, por lo que procedería la indemnización de los mismos.

**El hijo de Mafalda, al nacer con graves taras físicas y psíquicas, ¿Podría ser esterilizado para que no tenga descendencia?**

La esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional (incapacitadas) está legalizada en España a partir de 1989, cuando se aprobó la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización

del Código Penal, en la que se añadió en el artículo 428 un inciso al Código Penal que establecía la facultad de esterilizar a una persona sujeta a tutela por su diversidad funcional, de modo no punible. Esta medida fue corroborada como constitucional por la Sentencia 215/1994, de 14 de julio del Tribunal Constitucional.

Actualmente, según el artículo 156 del Código Penal, *“no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*. Este artículo permite la esterilización forzosa de las personas incapaces.

El procedimiento se prevé en la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, concretamente en su Disposición Adicional Primera. Se establece como requisito básico que la esterilización sea autorizada por un juez (puede producirse en el mismo procedimiento de incapacitación o en un procedimiento posterior), y será a instancias de Mafalda o de su padre. Será necesario el dictamen de dos especialistas que aconsejen la medida, el del Ministerio Fiscal, y el reconocimiento previo por el Juez de la persona a esterilizar.

Muchos son los sectores de la sociedad que piden la derogación de este artículo del Código Penal, puesto que choca con el artículo 23 del Convenio de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 1985, que establece que *“Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para lograr que las personas con discapacidad estén en iguales condiciones que las demás a fin de asegurar que [...] se respete (su) derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener”* y a que *“mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás (personas)”*.

A mi parecer, esta posibilidad de esterilización entra en conflicto con algunos de los derechos constitucionales de toda persona, como son la dignidad, la libertad, la igualdad, etc... por lo que habría que utilizar esta figura que nos otorga el ordenamiento jurídico con mucha cautela, y siempre velando y respetando el interés del incapaz.

**Alejandro, el nieto de Mafalda de 8 años juega un torneo de fútbol sala en su pueblo. Todos los niños que participan en el mismo están federados como futbolistas.**

**Lamentablemente, un defensa le hace una mala entrada a Alejandro, provocándole rotura del ligamento cruzado, de menisco y una fractura abierta de tibia. Es trasladado al Hospital con la ambulancia, donde le someten a una intervención quirúrgica durante 9 horas.**

**Meses más tarde y con Alejandro felizmente recuperado, la madre de Manuel recibe en su casa una factura del Hospital por la asistencia sanitaria prestada que asciende a 129.000 Euros.**

**¿Es correcta la actuación del Hospital?  
¿Ha de abonar alguien alguna cantidad en concepto de dicha asistencia?**

Según el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la Disposición Adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. En dicho Anexo se establece la asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a terceros obligados al pago. En el punto 4.ª prevé los seguros obligatorios de los deportistas federados y profesionales.

Pues bien, como Manuel estaba federado, el Hospital puede reclamar el pago a la aseguradora de la Federación, pero no directamente al paciente.

Así se establece en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, que determina que:

*“Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la*

*Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.*

*A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.*

La aseguradora se considera en este caso sustituto del contribuyente, como se establece en la siguiente normativa:

- Artículos 16, 17 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Disposición Adicional 22ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- Anexo XI del Real Decreto 1030/2006.

Y en el ámbito de la Comunidad Valenciana:

- Artículos 171.5 y 172.2.5 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat.
- Artículos 13 y 19.2 de la Ley 6/2008, de 2 de junio de la Generalitat, de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Valenciana.

Así se ha reconocido en distintas sentencias, como la de la Audiencia Provincial de León, sección 3ª, de 30 de septiembre de 2003, nº 295/2003, recurso 268/2003, que establece que *“Como quiera que los gastos de la asistencia médica prestada por la clínica actora están cubiertos por la póliza de seguro colectivo de accidentes y la entidad demandada es deudora de la asistencia prestada a un asegurado-beneficiario, ha cumplido la accionante una obligación -la prestación de asistencia sanitaria- que no es propia sino de la aseguradora demandada, pudiendo por ello quien pagó (cumplió la obligación) reclamar del deudor el reembolso de lo pagado ex art. 1.158 CC”*. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia provincial de Baleares, Sección 4ª de 31 de diciembre de 1998, que argumenta: *“el art. 83 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, a cuyo tenor “los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria,*

*en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercer obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. - A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el costo de los servicios prestados”*

Por ello, el Hospital podrá reclamar el importe de la prestación de la asistencia sanitaria a la aseguradora de la federación en calidad de tercero obligado al pago.

**Mafalda, ya con 99 años, sufre un cáncer de colon en fase terminal. Los médicos no pueden hacer nada para curarla, y está sufriendo mucho. Dejó por escrito ante notario en plenas facultades mentales que no deseaba cuidados que la mantuvieran con vida, ni deseaba la reanimación cardiopulmonar, de hecho dejó escrito que si se aprobaba en España la eutanasia, se le practicara en caso de estar en coma irreversible.**

**En los últimos días ha entrado en coma irreversible, si sigue con vida es porque está conectada a respirador. ¿Se puede hacer algo? ¿Es lo mismo que una eutanasia?**

Nuestro Código Penal castiga la eutanasia con penas de prisión en el artículo 143. La intervención penal dependerá del carácter imprescindible de los actos de colaboración, sin los cuales el suicida no hubiera podido llevar a cabo su suicidio.

El debate que está teniendo lugar en las sociedades democráticas no se limita a la eutanasia, que no es más que un procedimiento para ayudar a morir, de forma rápida e indolora, necesaria y directa, mediante una inyección letal, a un enfermo que lo solicita reiterada e inequívocamente. El debate trata sobre la disponibilidad de la propia vida. Es aquí cuando chocan dos planteamientos: el que considera que la vida es indisponible y el que afirma que el titular de la vida es uno mismo.

Tenemos ejemplos de regulación de la eutanasia en dos países europeos: Holanda y Bélgica. Holanda es un país que lleva más de treinta años debatiendo públicamente sobre la muerte digna, en un proceso largo, muy rico. Los requisitos que no hacen punible la práctica de la eutanasia en Holanda son los siguientes:

- Que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda.
- Que el médico esté convencido de que la petición es voluntaria, está bien meditada y expresa los deseos del enfermo, o sea, que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Ésta puede haber sido manifestada en un documento de voluntades anticipadas.
- Que se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora.
- Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro.
- Que se haya consultado a otro facultativo y que éste haya corroborado el cumplimiento de los requisitos. En caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación.
- Que la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

En mayo de 2002 Bélgica aprobó una ley que despenalizó la eutanasia. A diferencia de Holanda, la ley belga no menciona el suicidio asistido que se considera una práctica eutanásica. Los requisitos que la ley belga establece para la eutanasia son:

- Que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente de su petición.
- Que la petición sea voluntaria, reflexionada y reiterada sin presiones exteriores, pudiendo haberla manifestado en un documento de voluntades anticipadas que tenga una vigencia inferior a cinco años. La posibilidad de solicitar la eutanasia mediante un documento de voluntades anticipadas está regulada por un decreto de 2 de abril de 2003.
- Que haya padecimiento físico o psíquico constante e insuperable ocasionado por una condición patológica grave e incurable.

La sedación paliativa es la disminución deliberada del nivel de conciencia del enfermo mediante la administración de los fármacos apropiados con el objetivo de evitar un sufrimiento intenso causado por uno o más síntomas refractarios. La sedación se considera como un tratamiento para enfermos con sufrimientos intolerables que no han respondido a tratamientos adecuados. Antes de proceder a la sedación paliativa, el médico ha de evaluar los tratamientos que ha recibido el enfermo.

Además, se deberá comprobar que Mafalda está sufriendo intensamente por síntomas refractarios, que existe consentimiento informado para la sedación paliativa, y que (en caso de que sea sedación en la agonía), que los datos clínicos evidencien una situación de muerte inminente y muy próxima.

¿Qué diferencia hay entre la sedación paliativa y la eutanasia? Ambas se diferencian en la finalidad que persiguen. En la sedación se busca disminuir el nivel de conciencia con dosis mínimas necesarias de fármacos para evitar que el paciente sienta el síntoma refractario. En la eutanasia, en cambio, se busca deliberadamente la muerte anticipada tras la administración de fármacos a dosis letales para acabar con el sufrimiento del paciente.

En este caso lo que ha realizado Mafalda es un documento de instrucciones previas. Este se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley 41/2002. Es un documento mediante el que una persona mayor de edad, 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 o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Este documento se inscribirá en el Registro Nacional de Instrucciones Previas, y los facultativos que la atiendan deberán cumplir con la voluntad de Mafalda de no reanimación, llegado el caso.

En Derecho comparado encontramos el caso de Francia, que recientemente aprobó su Ley de sedación profunda y continua de enfermos terminales. Algunos sectores de la sociedad consideran esta ley un paso para la legalización de la eutanasia en el país galo.

Esta ley autoriza a los médicos a sedar a pacientes que lo soliciten en fase terminal, mientras se les retiran los tratamientos y aguardan la muerte.



Convierte además en obligatorio el cumplimiento del testamento vital. Hasta ahora, dicho testamento vital había de ser tenido en cuenta por los médicos pero su cumplimiento no era obligatorio.

El Tribunal Constitucional reconoce que “siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituya una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe”. Pero no puede hablarse de un derecho subjetivo a la propia muerte. El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. De esta forma, igual que la autonomía del paciente, como facultad de decidir sobre los tratamientos y actuaciones médicas que afectan a su propia vida, constituye un derecho de la persona vinculado con los derechos a la integridad física y a la vida, estos mismos derechos marcan los límites de la autonomía del paciente, que nunca será absoluta, de modo que llegue a incluir el derecho a prescindir de su propia vida. En este sentido tenemos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la Sentencia del caso *Pretty vs Reino Unido* de 29 de abril de 2002, en el que se reconoce el derecho de toda persona a la vida, y entiende que este derecho no conlleva un aspecto negativo (derecho a morir), ya que el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no crea un derecho a la autodeterminación en el sentido de conceder a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida.

**Mafalda tiene un primo que vive y trabaja desde hace 20 años en Doha. Tiene suscrita una póliza de seguro de enfermedad que le cubre en cualquier parte del mundo con la entidad asegurador XY, que tiene concierto con la clínica “San Andrés” en Denia. Pasando las vacaciones en Denia sufre un infarto al corazón. La ambulancia lo recoge inconsciente del suelo de la calle y lo traslada al Hospital de Denia. Una vez estabilizado el paciente dice y acredita su condición de asegurado por XY, por lo que el Hospital manda la factura de la asistencia sanitaria a la aseguradora XY. Ésta se niega al pago alegando que lo deberían**

### **haber llevado a la clínica San Andrés y no al Hospital.**

En el artículo 14 la Ley 6/2008, de Aseguramiento de la Comunidad Valenciana establece que:

*“1. El coste de las prestaciones sanitarias facilitadas a las personas incluidas en las modalidades del grupo 4 “Privados”, regulado en el artículo 11 de esta ley, con excepción de las específicas de salud pública que se determinen, será reclamado a éstas.*

*2. No obstante lo anterior, cuando el interesado lo acredite documentalmente, el coste de la prestación podrá ser reclamado a un tercero que asuma legal o contractualmente el pago de las prestaciones realizadas”.*

El Decreto Legislativo 1/2005 de 25 de febrero del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat, en su artículo 171 regula la tasa por la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica, y determina que el hecho imponible de esta tasa es la prestación de dicha asistencia en cualquiera de los siguientes supuestos:

*“8. Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados o responsabilidad de terceros por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.*

*9. A los usuarios del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana a quienes deba serle reclamado el coste de la asistencia sanitaria que reciban, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 6/2008, de 2 de junio, de la Generalitat y su normativa de desarrollo”.*

En su artículo 172 determina el sujeto pasivo y los sujetos pasivos sustitutos de esta tasa:

*“Uno. Son sujetos pasivos de esta tasa, a título de contribuyente, las personas a quienes se presen los servicios sanitarios a los que se refiere el artículo anterior.*

*Dos. Son sujetos pasivos sustitutos del contribuyente: 7. En los supuestos contemplados en los apartados 8 y 9 del artículo anterior, la entidad*

*pública o privada o persona física obligada legal o reglamentariamente, a asumir el coste de las prestaciones sanitarias”.*

De acoger la tesis de que la aseguradora no debe de asumir el gasto de dicha asistencia sanitaria, provocaría dejar sin contenido el seguro concertado, además, la aseguradora obtendría un enriquecimiento injusto, al percibir la correspondiente prima o precio del contrato por parte del asegurado, sin asumir a cambio ninguna contraprestación. Este enriquecimiento provocaría un empobrecimiento en el patrimonio del Hospital de Denia, debido a la asunción de asistencias que no debe soportar, ya que la aseguradora tiene carácter de tercero obligado al pago, según la normativa anteriormente expuesta.

¿Debería haberse llevado al paciente al centro San Andrés desde un primer momento? Dicho centro tiene carácter privado mientras que el Hospital de Denia tiene carácter público.

Según el artículo 103 de la Ley 50/1990 de 8 de octubre, de contrato de seguro, *“los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato. En todo caso, estas condiciones no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente”.*

La Ley 6/2008 de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Valenciana en su artículo 13.4 establece que *“La Administración Sanitaria Pública Valenciana reclamará el pago del importe de las prestaciones sanitarias realizadas cuando concorra alguno de los supuestos legales determinante del devengo de la tasa por prestación de asistencia sanitaria regulada en la legislación vigente”.* El hecho imponible de dicha tasa, según lo dispuesto en el art. 171 del Decreto Legislativo 1/2005 de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat es la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica del artículo 173 en los siguientes supuestos:

- 8. *Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados, o responsabilidad de terceros por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida, el importe de las atenciones o prestaciones deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.*

El artículo 172.dos establece como sujetos pasivos sustitutos del contribuyente (que sería el paciente) a la entidad pública o privada, o persona física obligada legal o reglamentariamente a asumir el coste de las prestaciones sanitarias.

Al ser considerara la aseguradora XY como tercero obligado al pago, y tener la condición de sujeto pasivo sustituto del contribuyente, puede el Hospital de Denia reclamar el importe de la asistencia sanitaria prestada al paciente.

Cuando existe un tercero obligado al pago por haber suscrito un contrato de seguro en la modalidad de asistencia sanitaria, el importe de la misma podrá ser reclamado a la aseguradora, siempre que dicha asistencia sanitaria haya sido prestada según las condiciones establecidas en la póliza. En caso de no haberse prestado la asistencia según lo estipulado en la misma, el coste de la asistencia será a cargo de la aseguradora cuando sea de carácter urgente.

El artículo 103 de la Ley del Contrato de Seguro establece que los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza, y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato. En todo caso, estas condiciones no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente. Es decir, en puridad, el paciente debería haber sido trasladado a la clínica San Andrés, que es donde opera su aseguradora. En las condiciones generales de su póliza aparece un listado con las clínicas concertadas, y en Denia la única que aparece es la San Andrés. Pero lo cierto es que el paciente apareció en la calle, sin documentación ninguna, solo, e inconsciente, con un infarto de miocardio. Los facultativos de la ambulancia actuaron de forma urgente, en orden a salvar la vida del paciente, por lo que decidieron trasladarlo al Hospital de Denia, que es el hospital comarcal público.

No existe una definición legal clara del concepto *“asistencia sanitaria de carácter urgente”*, pero la Resolución de 23 de diciembre de 2013 de la Mutuality General Judicial (MUGEJU), por la que se publica el concierto para la asistencia sanitaria de mutualistas y beneficiarios durante el 2014, publicada en el BOE el 8 de enero de 2014 establece que *“se considera situación de urgencia de carácter vital aquella en que se haya producido un riesgo vital inminente o muy próximo o un daño irreparable para la integridad física de la persona de no obtenerse una actuación terapéutica de inmediato”.* Sin embargo, la Ley de

Contrato de Seguro no habla de si la urgencia ha de ser o no vital.

La jurisprudencia establece dos supuestos en los que cabe al abono de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada al asegurado en un centro no concertado: en casos de denegación injustificada de la asistencia, y en los casos de urgencia vital. Para poder exigir de la aseguradora el abono del coste de la asistencia sanitaria en estos casos es necesario que se hayan usado los medios ajenos atendidas las circunstancias de lugar y tiempo en que la patología se haya producido, así como la capacidad de decisión del enfermo, y en su caso de las personas que prestaron las primeras ayudas, estimándose que el centro ajeno fue razonablemente elegido en lugar del centro concertado (Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de mayo de 2011 nº 170/2011, recurso 52/2010. En este caso, el paciente estaba inconsciente, por tanto era incapaz de manifestar su condición de asegurado de XY, pues de haber conocido tal circunstancia el personal de la ambulancia, lo hubieran trasladado a la Clínica San Andrés, que se encuentra a tan solo 10 kilómetros más de distancia que el Hospital de Denia.

**Mafalda se somete a una intervención de simpatectomía bilateral para tratarse la hiperhidrosis. No le informan previamente a la operación de los riesgos y complicaciones posibles de la operación. Mafalda se plantea si puede demandar al Hospital, por mala praxis, ya que ha sufrido una complicación frecuente en este tipo de operaciones, pero de la que no fue correctamente informada. ¿Es indemnizable la mera falta de consentimiento informado?**

El consentimiento informado conlleva la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes a la intervención autorizada. En ningún caso excluye la responsabilidad médica por daños imputables a una actuación médica negligente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, nº22/2001 de 27 de octubre: “*la consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas la intervención de que haya previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en*

*que se practica*”. En el mismo sentido encontramos las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y 26 de septiembre de 2000).

La omisión del consentimiento previo y suficientemente informado sobre los riesgos determina la asunción de los mismos por el facultativo, y con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.

Tradicionalmente requisitos para que el consentimiento desinformado de lugar a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente han sido:

- Que el paciente haya sufrido un daño cierto y probado.
- Que el daño sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico de la misma.
- Que del riesgo materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención.
- Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del médico, ni al deficiente funcionamiento del servicio. En caso contrario, será apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación o en la organización del servicio, y no por el título de imputación de falta de consentimiento informado.

No obstante lo anterior, existen algunos supuestos en que los tribunales vienen calificando la falta de consentimiento informado como un daño moral en sí mismo, distinto y ajeno al daño derivado de la intervención, así que el alcance de la indemnización vendrá determinado por la valoración de ese daño moral. Así por ejemplo tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, en el que un menor sufrió una paraplejía a consecuencia de una operación en la que no consta que fueran informados sus padres de los riesgos de la intervención. El Tribunal Supremo señala que esta situación de inconsciencia derivada de una falta de información, aunque no constituye la causa del resultado, supone en sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. Equipara pues desde el punto de vista indemnizatorio la falta de consentimiento informado a la mala praxis médica. Al omitir el consentimiento informado, se priva al

paciente de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica, y se imposibilita al paciente de tener el debido conocimiento de los riesgos antes de someterse a la operación.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, Sala Civil, nº 483/2015 de 8 de septiembre. Esta sentencia pone de relieve la importancia de cumplir con el deber de información del paciente, puesto que integra una de las obligaciones asumidas por los médicos. Establece que forma parte de toda actuación asistencial, incluida en la obligación de medios que asume el médico.

Entiende que la falta de consentimiento informado constituye por sí misma un daño moral que deberá ser indemnizado. El daño que fundamenta la responsabilidad no es otro que la omisión de la información previa al consentimiento. El nexo causal, pues se establece entre la falta de información y la posibilidad de someterse o no al tratamiento médico, no entre la negligencia médica y el daño a la salud. La falta de información constituye en sí misma una mala praxis médica.

En mi opinión, no valdría para considerar daño moral indemnizable que la mera ausencia de consentimiento informado, sino que esta habría de ser injustificada. Es decir, que su ausencia resultase relevante en la toma de decisiones del enfermo o que la información otorgada verbalmente al paciente careciera de alternativas al tratamiento o de sus riesgos y/o complicaciones que lleven al paciente a tomar una decisión consciente y voluntaria sin disponer de todas las alternativas existentes que le ayuden a decidir correctamente con la información facilitada.

**Mafalda trabaja en el Hospital de Alicante. Como facultativa, tiene acceso al ordenador mediante un usuario y contraseña. Los médicos tienen acceso a la historia clínica electrónica de los pacientes, para la mejor prestación de la asistencia sanitaria. Mafalda accede a historiales médicos de sus compañeros, en repetidas ocasiones y sin motivo alguno, simplemente para enterarse de los problemas de salud que cada uno tiene, para luego comentarlo con los otros compañeros.**

En el Hospital está implantada la historia clínica electrónica, por lo que en el registro general de accesos queda guardada la hora de acceso, el día, nombre de usuario, etc... Mafalda no tiene derecho a acceder a la historia clínica de sus compañeros, puesto que no tiene ninguna justificación, no se accede a la misma para prestar ninguna asistencia sanitaria.

El Código Penal en su artículo 197 castiga con pena de multa de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses:

- A quien sin autorización para ello se apodere, utilice o modifique (en perjuicio de tercero) datos reservados de carácter personal y familiar del titular que éste no tenga bajo su custodia, por encontrarse registrados en ficheros o soportes informativos electrónicos o telemáticos o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado.
- Al que simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado.
- Al que los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Al tratarse de datos relativos a la salud, el art. 197.5 impone las penas en su mitad superior.

Esta sentencia del Tribunal Supremo confirma la interpretación realizada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 16 de febrero de 2015 nº 20/2015, en relación a los requisitos exigidos para la aplicación del tipo penal del artículo 197.2 del Código Penal. La letrada de la defensa considera que en esta modalidad de conducta (acceso a datos reservados sin estar autorizado a ello), se exige que se acredite haber causado algún tipo de perjuicio. Pero la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que sólo en relación al inciso primero y último del artículo 197.2 se exige por el legislador que la conducta se realice en perjuicio de tercero, así que no sería necesario acreditar dicho perjuicio en el caso de que la conducta consistiera meramente en el acceso a datos “reservados”. Por ello, siguiendo con el criterio fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2009 de 30 de diciembre, el simple acceso comportará la comisión del tipo penal descrito en el artículo 197.2 cuando:

- Se trate de acceso a datos “sensibles” que por sí mismos sean capaces de producir el perjuicio típico.
- Se trate de acceso a datos “no sensibles” sin la suficiente virtualidad lesiva para provocar el

perjuicio, pero se acredite la existencia de un perjuicio para el titular de los datos.

En este caso, el acceso indiscriminado por parte del médico a datos de sus compañeros sin causa que lo justifique, lesiona el derecho fundamental a la intimidad, establecido en el artículo 18 de la Constitución y en el artículo 7 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre. La historia clínica está comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso determina el perjuicio del tercero, el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos se desvelan ante quien no está autorizado.

Por ello, el médico ha de ser condenado por el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.2.

La implantación de la historia clínica electrónica puede entrañar peligros para los pacientes, como el acceso no deseado por personal no autorizado. Por ello es necesario que los hospitales implantaran medidas técnicas para intentar minimizar estos riesgos, como por ejemplo restringir el acceso a los facultativos implicados en el proceso asistencial del paciente, controlar de mejor manera los usuarios y contraseñas etc... en definitiva, impedir que se acceda a dichos datos sin causa justificada. Pero al mismo tiempo habría que analizar los posibles riesgos que ello conllevaría, como que el médico que te está atendiendo no tenga acceso a la totalidad de la historia clínica, y puede que sea importante disponer de algún dato.

**Mafalda, al ser facultativa en un Hospital, recibe un puñetazo de una paciente, que entra en su consulta muy alterada diciendo que había tenido que esperar mucho rato en la sala de espera. Mafalda tiene un diente partido, el labio hinchado y ha necesitado puntos de sutura en el pómulo, así como tratamiento psicológico por el shock causado. ¿Qué puede hacer Mafalda?**

Durante el periodo de 2008 y 2012, más de 30.000 profesionales del Sistema Nacional de Salud sufrieron agresiones. Las conductas violentas, aunque no se materialicen en agresión física, no deben permitirse en ningún caso, ya que quiebran el vínculo de confianza que debe existir siempre en la relación médico-paciente, fundamental para la consecución

de los objetivos de la relación clínica. Todos los profesionales sanitarios deben denunciar este tipo de hechos violentos, y ponerlos en conocimiento de su Colegio Profesional, junto con los elementos de prueba y testigos que se puedan aportar para que sirvan de base a la acusación. Por lo que respecta a las administraciones sanitarias, deben poner todas las medidas a su alcance para prevenir estas situaciones.

Ante la agresión, se deberá alertar a las fuerzas y cuerpos de seguridad. Para valorar las lesiones sufridas, se deberá trasladar al facultativo al servicio de salud laboral y/o urgencias. Será necesario recabar toda la información posible sobre el agresor, la situación, los testigos, etc... Hay que comunicar el incidente al Colegio de Médicos y al responsable del Hospital. Para ello, sería recomendable que el centro contara con un formulario de agresiones, que habrá de rellenarse. Por último, habría que presentar una denuncia ante el órgano competente. También existe la posibilidad de solicitar al centro el cambio de paciente a otro centro. Y si ello no fuera posible, efectuar el cambio de adscripción del paciente agresor a otro médico.

El agresor habría incurrido en un delito de lesiones, castigado en el artículo 147.1 del Código Penal, que establece que “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”.

Además, los hechos podrían también ser constitutivos de un delito de atentado, previsto en el artículo 550 del Código Penal, puesto que el artículo 16.3 de la Ley 10/2014 de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana establece que “los profesionales sanitarios del Sistema Valenciano de Salud en el ejercicio de las funciones propias de su categoría tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por la legislación vigente”.

Según el artículo 550 del Código Penal: “Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”.

La pena prevista para este delito es prisión de seis meses a tres años. Por lo que en total, el agresor de Mafalda se enfrentaría a unas penas de seis meses a tres años de prisión por el delito de atentado, y de tres meses a tres años por delito de lesiones.

**Claudio, hijo de Mafalda, y su marido, Adriano, quieren ser padres. Deciden recurrir a un veinte de alquiler en Estados Unidos. ¿Es legal esto? ¿Cómo habría de determinarse la filiación del bebé nacido del vientre de alquiler en España? ¿Sería posible inscribirlo en el Registro Civil como hijo de ambos?**

La maternidad de alquiler, también conocida como vientres de alquiler o gestación por sustitución, es considerada por un sector de la sociedad como una nueva forma de explotación de la mujer y del tráfico de personas, que convierte a los niños en productos susceptibles de comercio. Supone por ello una violación de la dignidad de la madre y del niño.

Los Estados que admiten expresamente la gestación subrogada en su normativa son Estados Unidos, México, Rusia, Ucrania, Georgia y Kazajistán. En Europa esta práctica está prohibida total o parcialmente en la mayoría de estados.

La prohibición de inscribir a los niños nacidos mediante subrogación internacional en el Registro Civil a favor de los “compradores”, es una de las más eficaces formas de disuadir a los posibles padres a acudir a este tipo de práctica, reduciendo así el comercio de niños y el tráfico de personas.

En cuanto a cómo se encuentra regulada esta figura en el derecho comparado:

- En Alemania el único camino para establecer la paternidad de un hijo nacido de una mujer que no sea la esposa es mediante adopción. Se han tomado medidas para que no se pueda registrar a los hijos nacidos mediante subrogación. Si bien es cierto que tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, el Tribunal Federal de Justicia Alemán

rompió con la jurisprudencia mayoritaria y reconoció a una pareja homosexual como padres de un hijo por subrogación.

- En Reino Unido, el informe Warnock, se recomendaba aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia. De igual modo, dispuso sancionar penalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para actuar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos. En 1985 se aprobó la “Surrogacy Arrangements Act” para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada

- En Suiza está expresamente prohibida, pero a consecuencia de la anterior sentencia del TEDH el Alto Tribunal Administrativo Cantonal de St. Gallen inscribió a un menor como hijo legal de dos hombres. Esta sentencia se encuentra actualmente en apelación ante el Tribunal Federal Suizo.

- En Italia la Ley 40/2004 prohíbe expresamente la subrogación.

- Francia fue condenada por una sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo por no reconocer la paternidad de parejas que habían tenido a sus hijos por este método en Estados Unidos. La razón que dio el tribunal era que los derechos del menor están por encima del respeto al orden público legal. Infringe el derecho a la vida privada de los menores que están en una situación de incertidumbre jurídica porque Francia se niega a reconocerlos como hijos de los matrimonios denunciados y eso atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa. Además, aunque su padre biológico sea francés, se enfrentan a una incertidumbre perturbadora sobre la posibilidad de que se les reconozca la nacionalidad francesa, y eso es susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad, así como a sus derechos de herencia. El presidente de Francia, manifestó su voluntad de poner en marcha una iniciativa para regular la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada está expresamente prohibida en Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia

y Turquía. Aparece como parcialmente tolerada en Bélgica, Luxemburgo, Polonia y la República Checa.

En la actualidad no existe consenso entre los estados miembros para regular de manera conjunta esta materia, puesto que cada uno de ellos tiene derecho a decidir sobre la autorización o prohibición de esta práctica. En lo que sí parece que están de acuerdo los estados es en la necesidad de que los niños nacidos de una maternidad subrogada tengan claramente definida su filiación.

En España la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida prohíbe en su artículo 10 los contratos de vientres de alquiler en España. Determina que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se concierne una gestación- con o sin compensación económica- a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna del hijo que concibe, a favor del que la contrata, o incluso de un tercero”. También se declara nulo el contrato de gestación por sustitución y determina la filiación materna por el parto (el principio de “*mater semper certa est*”).

Ahora bien, con la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se aprueba el matrimonio homosexual, se incrementaron los casos de gestación por sustitución realizados en el extranjero y solicitados por parejas del mismo sexo. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 supone un hito en el tratamiento en España de los supuestos de maternidad subrogada. La misma ordenaba inscribir en el Registro Civil a unos gemelos nacidos en EEUU, encargados por dos españoles varones.

Más tarde, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución estableció los siguientes requisitos para la correcta inscripción de la filiación:

- Nacimiento en un país en el que la técnica estuviera regulada.
- Que uno de los padres sea ciudadano español.
- Que haya recaído resolución judicial en el extranjero en la que haya acreditado la filiación del menor nacido por gestación por sustitución en relación con el padre biológico.
- Que dicha resolución judicial extranjera haya obtenido el exequatur en España, según las reglas de Derecho Internacional Privado.

Pero la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (recurso número 245/2012) estableció que registrar a los niños fruto de una gestación subrogada a nombre de los dos padres suponía burlar la ley de 2006 que no permite esta técnica en España, por lo que se paralizaron y denegaron las inscripciones en los consulados a partir de ese momento. La única solución a partir de entonces era que el padre que pudiera acreditar genéticamente su paternidad inscribiera al niño, y el otro lo adoptara, al igual que ya ocurre en otros países.

Debería adaptarse la normativa española a lo establecido por la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, para agilizar la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero a través de este tipo de procedimientos, puesto que en la actualidad, con la normativa vigente se encuentran en un limbo jurídico.

**Mafalda acude a su Centro de Salud porque tiene un dolor de cabeza terrible. Le solicita a la enfermera que le recete ibuprofeno, porque no puede quedarse a esperar a que la atienda el médico, que tiene muchos pacientes delante. ¿Podría la enfermera recetarle a Mafalda dicho medicamento?**

La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos. El Texto Refundido Ley de Garantías y Uso racional del medicamento (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2014 de 24 de julio), en su artículo 79.1 dispone que “los médicos, odontólogos y podólogos, en el ámbito de sus competencias respectivas, son los únicos profesionales prescriptores, es decir, con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica”.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios relacionados con su ejercicio profesional, mediante la correspondiente orden de dispensación. Los fisioterapeutas también podrán indicar, usar y autorizar, de forma autónoma, la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión, mediante orden de dispensación.

El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Igualmente el Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el ámbito de los cuidados tanto generales como especializados, y fijará, con la participación de las organizaciones colegiales de enfermeros y de médicos, los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de dichos profesionales, con efectos en todo el territorio del Estado, en las actuaciones previstas en este apartado.

En atención a lo anteriormente dispuesto, el Consejo de Ministros aprobó el 23 de octubre de 2015 un Real Decreto que regula el uso, indicación y autorización de medicamentos por parte de los enfermeros. Según este Real Decreto, se permite que los enfermeros puedan indicar a los pacientes el uso de determinados medicamentos, respondiendo a una reivindicación histórica del sector. Siempre se ha de respetar la competencia de los médicos, únicos que pueden diagnosticar y prescribir medicamentos.

Con este Real Decreto, la facultad de prescripción no queda alterada, y corresponde a los médicos. Según el mismo, y previa acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, los enfermeros, en el ejercicio de su actividad profesional y mediante la orden de dispensación correspondiente, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos:

- No sujetos a prescripción médica y productos sanitarios de uso humano de forma autónoma.
- Sujetos a prescripción médica. Para ello será necesario que el profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, prescripción y protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir. En el marco de dicha guía o protocolo será en el que deban realizarse las

actuaciones, que serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado.

La orden de dispensación se define como el documento de carácter sanitario, normalizado y obligatorio mediante el que los profesionales enfermeros, en el ámbito de sus competencias y una vez facultados individualmente mediante la correspondiente acreditación, indican o autorizan, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, la dispensación de medicamentos, sujetos o no a prescripción médica y productos sanitarios por un farmacéutico o bajo su supervisión, en las oficinas de farmacia y botiquines dependientes de las mismas, o en otros establecimientos sanitarios. En dicha orden deberán figurar los datos correspondientes al enfermero, su acreditación, el código de identificación y la denominación del protocolo o guía de práctica clínica y asistencial y su denominación.

Algún sector considera que este nuevo Real Decreto del Consejo de Ministros vulnera la reforma de la Ley del Medicamento que se aprobó por unanimidad en el Congreso de los Diputados en diciembre de 2009 para habilitar nuevas competencias a los enfermeros, de ahí que estén estudiando acudir al Tribunal Supremo para solicitar la suspensión cautelar o la nulidad del Real Decreto.

En virtud de lo anteriormente expuesto, al ser el ibuprofeno un medicamento sujeto a prescripción médica, sin la misma no podrá ser indicado por la enfermera.

**Mafalda se hace amiga de Batsuki, una mujer de origen neozelandés que reside de manera irregular en Denia. Batsuki quiere someterse a un tratamiento médico no urgente en España, pero se le deniega la asistencia sanitaria por no ser considerada asegurada ni beneficiaria del Sistema Nacional de Salud. ¿Debería ser atendida?**

Según el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se tiene la condición de asegurado por:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.



- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.

Batsuki no reúne los requisitos contemplados en este artículo, por lo que en principio no tendría la condición de asegurada.

En caso de que no se cumplan ninguno de los anteriores requisitos, los nacionales españoles, o de algún estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en España, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Batsuki no reside de manera regular en España, por lo que no le basta con acreditar que no supera el límite de ingresos. De hecho, no trabaja ni recibe ningún subsidio, y sobrevive gracias a la caridad de sus vecinos.

En caso de no tener la condición de asegurado o beneficiario, se podrá obtener la prestación de la asistencia sanitaria mediante el pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. No puede Batsuki pagar ninguna cantidad ni cuota por la asistencia sanitaria, puesto que no dispone de ningún ingreso.

No obstante, en el artículo 3 ter se establece una excepción, y es que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria:

- De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa hasta la situación de alta médica.
- De asistencia al embarazo, parto y postparto.
- Los extranjeros menores de edad recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

A pesar de esta normativa estatal, el acceso de a la sanidad ha sido recientemente regulado por el Consell de la Generalitat Valenciana, que amplía de manera considerable los supuestos en los que se tiene derecho al acceso a la asistencia sanitaria. Este Decreto Ley se alinea con otras iniciativas en el mismo sentido producidas en otras comunidades autónomas. A pesar de la existencia de algunas diferencias entre ellas, en general definen la voluntad mayoritaria de la sociedad por el restablecimiento de un Sistema Nacional de Salud de cobertura universal, basado en los criterios de la equidad, solidaridad y financiación pública por la vía fiscal.

El Decreto Ley 3/2015 del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana establece los requisitos que garanticen el acceso a las prestaciones sanitarias, en igualdad de condiciones de acceso y calidad que el resto de la población asegurada, a aquellas personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad Valenciana que no tengan la condición de asegurados ni beneficiarios del sistema nacional de salud, y que no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el sistema nacional de salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado al pago. Para ello se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Ser extranjero, mayor de edad no registrado ni autorizado a residir en España.
- Estar empadronado con residencia efectiva en cualquier municipio de la Comunidad Valenciana durante un mínimo de tres meses.
- No tener reconocida la condición de asegurado ni de beneficiario del Sistema Nacional de Salud.
- No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen.
- No poder acceder a la asistencia sanitaria en virtud de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de materia sanitaria.
- Acreditar la imposibilidad de suscripción del convenio especial al que se refiere el Decreto 190/2013 de 20 de diciembre del Consell.

Acreditando todos los anteriores requisitos, recibirán un documento de asistencia sanitaria SIP, que únicamente será válido en la Comunidad Valenciana

durante un periodo de 2 años en principio, renovables.

Recientemente el Consejo de Ministros ha acordado solicitar al presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 3/2015 por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana al considerar que la norma puede incurrir en una extralimitación competencial. Consideran que la competencia estatal de bases de la sanidad incluye la definición de los asegurados y las prestaciones en materia de Sanidad, así como la financiación de la sanidad pública. En ejercicio de estas competencias, se aprobó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece los requisitos para tener la condición de asegurado y de beneficiario, la cartera común de servicios y las prestaciones de salud pública, además del uso de medicamentos y productos sanitarios y la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica.

Analizando los países de nuestro entorno, podemos sacar las siguientes conclusiones:

- En Alemania, la ley determina que se debe prestar la atención sanitaria necesaria, pero en la implementación, deja mucho margen de acción a las autoridades regionales y municipales. En general, la visita al médico ha de estar precedida de una autorización de la oficina de asuntos sociales.
- En Bélgica, la asistencia sanitaria se basa en un sistema de seguros. Las personas que cotizan a la Seguridad Social tiene acceso a un seguro obligatorio que cubre los gastos sanitarios, mientras que quienes no cotizan cuentan con otros sistemas, en función de la clase de estancia en el país. Para personas sin residencia legal en Bélgica, las prestaciones sociales tienen determinadas restricciones, por ejemplo, se limitan a la ayuda médica urgente.
- En Italia, tanto los inmigrantes como los italianos deben inscribirse en el Servicio Sanitario Nacional para obtener una tarjeta sanitaria que les dé derecho a un médico, y a acceder a urgencias. Es necesario que tengan el permiso de residencia. En caso de inmigrantes irregulares, deberán solicitar una tarjeta con validez de 6 meses y para ello han de acreditar que carecen de recursos económicos suficientes.

- Los inmigrantes irregulares en Portugal pueden acceder a la sanidad demostrando que viven en el país, mediante la presentación de un documento emitido por su junta de distrito. Pueden tener que pagar el 100% del servicio prestado, excepto en enfermedades contagiosas que supongan una amenaza para la salud pública, embarazos, consultas de planificación familiar y menores de edad.

- En el Reino Unido únicamente tienen derecho a recibir las prestaciones del sistema público de salud (NHS) quienes tengan sus papeles en regla. Pero sí pueden acceder a urgencias y a análisis y tratamientos de enfermedades infecciosas y de transmisión sexual siempre que se haya residido en el país al menos durante seis meses.

- La Ayuda Médica del Estado en Francia permite a extranjeros en situación irregular el acceso a la asistencia sanitaria, y se atribuye por periodos de un año, renovables, a quien demuestre residencia estable ininterrumpida durante al menos tres meses.

- Suiza garantiza que toda persona reciba la atención de salud que necesite. Quienes viven más de tres meses en Suiza están obligados a afiliarse a una compañía de seguros, incluso en el caso de inmigrantes sin papeles.

- La ley griega establece que los servicios sanitarios públicos no podrán atender a los ciudadanos de otros países que no residan legalmente en Grecia, excepto en los casos urgentes y en el tratamiento de niños. El Gobierno de Syriza publicó un decreto ley que restaura el acceso a la sanidad universal, permitiendo a los sin papeles acudir de manera gratuita a los hospitales, pero no a las consultas médicas regulares.

**Mafalda está muy descontenta con su ginecólogo del Hospital e Denia, y quiere solicitar que se lo cambien. ¿Sería esto posible? ¿Podría ser de otro Departamento de Salud? ¿Se lo cambiarían sólo para ginecología o para cualquier otra patología? ¿Qué pasaría si en caso de urgencia, la traslada la ambulancia al Hospital de Denia?**

Al ser en el ámbito de la Comunidad Valenciana, es de aplicación el Decreto 74/2015, de 15 de mayo,

del Consell, por el que se regula la libre elección en el ámbito de la atención primaria y especializada del Sistema Valenciano de Salud, así como la creación de su registro autonómico.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 10 regula el derecho a elegir el médico y los demás sanitarios titulados. La actual Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana, establece que todos los usuarios y pacientes del Sistema Valenciano de Salud, tanto en atención primaria como especializada, tienen el derecho a elegir médico e igualmente centro después de una adecuada información, con arreglo a los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente (lo mismo contemplaba la derogada Ley 1/2003).

Según el art. 2.3.c, queda excluida del ámbito de aplicación del Decreto (entre otros supuestos), la atención sanitaria de urgencia.

Para poder ejercer la libre elección, Mafalda ha de cumplir con el requisito de ostentar, según la normativa estatal aplicable, la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, y tener una tarjeta sanitaria individual, requisitos que Mafalda sí cumple.

Para el ejercicio de la libre elección, se inicia un procedimiento administrativo. Mafalda ha de iniciarlo presentado la solicitud en el SAIP de su Hospital. Normalmente dispondrán de modelos normalizados. La solicitud se ha de dirigir al gerente del Departamento de Salud. Pero concretamente, el Hospital de Denia, al estar gestionado por una empresa concesionaria, con lo cual la solicitud habrá de presentarse en el Comisionado de la Consellería. Se habrá de resolver y notificar sobre la resolución en el plazo de un mes desde la entrada de la solicitud. Si en dicho plazo no se ha emitido resolución, se entenderá desestimada.

Si se estima, la resolución que lo haga habrá de ser inscrita en el Registro Autonómico de Libre elección en el ámbito de la atención primaria y especializada de los Departamentos de Salud del Sistema Valenciano de Salud.

Una vez le notifiquen a Mafalda la resolución estimatoria, podrá ejercer la libre elección. No hay que olvidar que Mafalda no podrá ejercer otra libre elección en relación con la especialidad de ginecología en un periodo de 6 meses. Nada impediría que en

dicho plazo ejerciera una libre elección en cualquier otra especialidad, o en atención primaria.

¿Hasta cuándo se considera que dura la libre elección? La libre elección se refiere a una atención asistencial específica hasta la finalización del proceso patológico generador del cambio. La libre elección finalizará cuando se obtenga el alta del proceso patológico que la origina, o por desistimiento del paciente que la haya ejercido.

La libre elección deberá ser ejercida solicitando especialista de cualquier Departamento de Salud de la Comunidad Valenciana.

El órgano encargado de resolver sobre la libre elección, podría denegarla por los siguientes motivos:

- Cuando no concurren los supuestos exigidos para su ejercicio.
- Cuando el profesional especialista sea responsable de la atención sanitaria de un número de personas que exceda de la población asignada por médico o la lista de espera. En este caso, la libre elección podría vulnerar la garantía de una asistencia sanitaria de calidad.
- Cuando no se salvaguarde la buena relación profesional sanitario-paciente.
- A la vista de la motivación del informe del profesional sanitario o servicio de atención especializada cuya elección se solicite.

Si se le deniega la libre elección solicitada, Mafalda podría interponer recurso de alzada ante el Secretario Autonómico de Sanidad de la Generalitat.

**Mafalda acude al Hospital de Denia, y se entera de que está gestionado por una empresa privada. Mafalda se asusta, pues no sabe si le van a cobrar la asistencia sanitaria, y está confusa en cuanto a esta forma de gestión de la asistencia sanitaria.**

El Sistema Nacional de Salud es uno de los pilares fundamentales del Estado de Bienestar en España. Su mantenimiento y mejora ha exigido, y va a exigir en el futuro cambios institucionales y de organización.

Los problemas de eficiencia de los modelos burocráticos de gestión pública sanitaria motivaron la necesidad de reformas en los años 80, como respuesta a las crecientes presiones para la contención de costes en el sector. Recientemente con la crisis económica mundial que venimos sufriendo, se hace necesario buscar nuevas formas de gestión, que redunden en la mejora de los servicios, así como en su eficacia y eficiencia.

Los primeros modelos gerenciales estuvieron inspirados en las estructuras directivas de los hospitales de Estados Unidos, que funcionaron como referente en el Informe Griffiths para la reforma del National Health Service Británico en 1983. A partir de 1985 se inicia el proceso de adaptación de la estructura de gestión de los hospitales del INSALUD, y se impulsan tanto la formación de equipos directivos como la implantación de procesos y técnicas gerencialitas. El desarrollo de estas reformas se impulsa a partir del Informe Abril (1991), que propuso separar las funciones de financiación, compra y provisión de servicios y configurar a los centros sanitarios como empresas públicas regidas por el Derecho Privado, y fuera, por tanto, del ámbito del Derecho Administrativo.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud, un modelo de organización de los centros y servicios caracterizados, fundamentalmente, por la gestión directa, tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Dicha norma reguló, asimismo, la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares, y los conciertos para la prestación del servicio sanitario con medios ajenos, dando prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo.

Al objeto de ampliar las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios, el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud, vino a establecer que la administración de los mismos pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida,

En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

La Administración territorial titular del servicio público podrá determinar, en ejercicio de su propia potestad organizativa y a fin de fijar la forma de llevar a cabo la gestión de la actividad, el modo o sistema que considere más adecuado.

En cuanto a las clases o modos de gestionar podemos distinguir:

- Gestión Directa, cuando la propia Administración titular del servicio asume la gestión del servicio. El servicio puede efectuarse de manera centralizada, esto es sin personificación jurídica del servicio, o de forma descentralizada, dando personalidad jurídica a la organización del servicio, bien pública (organismos autónomos), bien privada (sociedad mercantil de capital íntegramente público).
- Gestión Indirecta, cuando es un particular o una entidad privada quien gestiona el servicio público en virtud de un contrato de concesión, concierto o arrendamiento.

Existe una amplia discrecionalidad organizativa de la Administración titular del servicio para que pueda optar por la forma de gestión que estime más conveniente, dentro de las modalidades legalmente previstas y reguladas. La Administración podrá gestionar directamente, celebrar contratos de gestión de servicios públicos, crear entidades de Derecho público destinadas a la gestión de servicios públicos, o atribuir la gestión a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o ente público. Únicamente existe una limitación: la prohibición de transferencia o cesión de la de la gestión de servicios de autoridad.

## LA GESTION DIRECTA

Es la que efectúa la propia Administración titular del servicio, que atiende, por sí misma, por sus propios órganos y medios, la prestación del servicio.

Caracteriza, por tanto, a esta modalidad gestora el que la Administración actúa a través de su propia estructura y organización y no hay un contratista que se interponga entre la Administración titular y gestora del servicio y los usuarios destinatarios del mismo, a diferencia de lo que sucede con la gestión indirecta, contractual; la propia Administración aporta el capital o, si se quiere, la base financiera del servicio, y soporta, también, el riesgo de la actividad de gestión. Es también característica de la gestión directa la responsabilidad económica de la Administración, por los daños y perjuicios que a los particulares irroge el funcionamiento del servicio.

## LA GESTIÓN INDIRECTA

La Administración titular del servicio público puede gestionarlo y prestarlo de forma indirecta o mediata, cuando transfiere y encomienda estas funciones a otra persona o entidad, normalmente privada, en virtud del contrato administrativo de gestión. La modalidad típica es la concesión de servicio, aunque hay otras distintas, como el concierto, el arrendamiento.

En este tipo de gestión, se pueden dar distintas figuras, entre las que voy a destacar la “concesión”.

**La concesión de servicio.** La Administración encomienda, bajo determinadas condiciones, a otra persona (concesionario) la actividad de gestión y explotación de aquél, que asume con sus propios medios y bajo su riesgo, durante cierto tiempo y bajo control administrativo. El empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura. La Administración, se limita a transferir a otra persona, física o jurídica, privada o pública (concesionario), la gestión del servicio, mediante una retribución, a satisfacer por los usuarios o, en su caso, por la Administración.

Tiene carácter traslativo, transfiere o “traslada” al concesionario una “esfera de actuación originariamente administrativa”, tiene también carácter temporal, no indefinido o perpetuo. La gestión y explotación del servicio concedido se realiza por el concesionario, pero siempre bajo el control, fiscalización o vigilancia de la

Administración titular concedente, tiene a su cargo el riesgo económico de la explotación percibiendo una remuneración, que puede revestir varias formas

En cuanto al objeto de la concesión, se requiere que el servicio público a cuya gestión se refiera aquélla, además de estar comprendido en la competencia material de la respectiva Administración, tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación y no implique el ejercicio de poderes soberanos,

En lo que se refiere a la forma de otorgar la concesión de servicio, ésta ha de efectuarse mediante licitación, por procedimiento abierto o restringido y, en concreto, mediante concurso, al tener que versar no sólo sobre el aspecto económico de la gestión sino también sobre otras ventajas y posibles mejoras que, puedan ofrecerse por los licitadores y que han de valorarse en su conjunto por la Administración para efectuar la adjudicación a favor de la propuesta que sea más ventajosa. En determinados casos el procedimiento podrá ser negociado.

La gestión del servicio concedido ha de efectuarse por el concesionario con sujeción estricta a las leyes y reglamentos del servicio y a las cláusulas o condiciones del proyecto y pliego que hubieren servido de base a la concesión.

La gestión indirecta se caracteriza porque la producción del servicio público es realizada por el sector privado (lucrativo o no), manteniendo la Administración Pública la provisión del servicio público mediante alguno de los variados instrumentos jurídicos de contratación externa que contempla la legislación.

Básicamente, tres tipos de experiencias se han desarrollado en España; por un lado, dos diferentes fórmulas concesionales se están desarrollando en diversas CCAA, los modelos denominados PFI (Private Finance Initiative), las concesiones sanitarias administrativas (también denominadas modelo Alzira, en referencia a la experiencia decana), y por otro, las entidades de base asociativa (EBAs) de Cataluña.

Las formulas concesionales como técnicas de gestión indirecta de la sanidad pueden englobarse en los modelos PPP, caracterizados por el establecimiento de una estrecha colaboración entre sector público y las organizaciones privadas, que actúan como socios en la gestión de un servicio público. La concesión es una fórmula de gestión indirecta de servicios que implica la construcción, equipamiento y gestión

de los centros sanitarios durante un período de tiempo determinado por una empresa privada, a cambio de un pago periódico por parte de la Administración Pública.

Las concesiones administrativas sanitarias externalizan el núcleo duro del servicio público sanitario, incluyendo las actividades sanitarias y otorgando un papel fundamental a las aseguradoras privadas. De hecho, este tipo de concesiones son sistemas de contratación pública de la asistencia sanitaria mediante sistemas de pago capitativo. La Comunidad de Valencia ha sido particularmente activa en el desarrollo de esta forma concesional y el desarrollo de una legislación específica en la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana.

Se ha dado en llamar Modelo Alzira a la fórmula de colaboración público-privada o modelo concesional sanitario aplicado a la gestión de los hospitales públicos mediante el sistema de concesión administrativa, tomando el nombre de la ciudad donde comenzó su aplicación en 1999.

Como rasgos esenciales de la situación del concesionario cabe destacar:

- a) La Administración dispone de un poder originario para controlar, dirigir e inspeccionar el servicio y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias.
- b) El concesionario tiene la obligación de gestionar personalmente el servicio según las cláusulas del contrato y la regulación del servicio, y con arreglo a los principios de continuidad, adaptación, igualdad de trato y control de precios.
- c) Para hacer cumplir a los usuarios los reglamentos del servicio, el concesionario dispone de poderes de policía delegados.
- d) El personal adscrito al funcionamiento del servicio no tiene carácter de funcionario público.
- e) El concesionario puede beneficiarse del empleo a su favor de prerrogativas administrativas.

En cuanto a la finalización de la concesión, se pueden distinguir las siguientes formas de extinción del contrato de concesión de servicios públicos:

1. La reversión. Es la forma normal de extinción del contrato por el transcurso del plazo por el que fue otorgado.

2. Incumplimiento del contratista.

3. La caducidad. La Administración decretará la caducidad de la concesión en los supuestos previstos en el pliego de condiciones y, en todo caso, en los siguientes:

- a) Si el concesionario, finalizada la intervención o secuestro temporales de la concesión, vuelve a incurrir en la misma infracción o perturbación o en otras similares.
- b) Si el concesionario incurre en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales, previa advertencia a éste y dejando transcurrir un plazo prudencial para subsanar las deficiencias.

4. El rescate. Constituye una forma excepcional de terminación del contrato, fundamentada en la potestad de la Administración para acortar el plazo estipulado por motivos de interés público, sin que exista falta grave en el cumplimiento de las condiciones. Estamos ante una forma de expropiación que origina el derecho del concesionario a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, incluidos los beneficios futuros que deja de percibir.

Este modelo de gestión está basado en cuatro principios básicos:

- Financiación Pública: El sistema de contraprestación se basa en un pago capitativo. La Administración paga a la empresa concesionaria una cantidad anual fija y preestablecida por cada uno de los habitantes adscritos. También paga por la atención prestada a los enfermos que no residan en la zona.
- Propiedad Pública: En todo momento se garantiza la naturaleza pública del servicio de salud. El centro objeto de concesión es un hospital público, construido en suelo público y perteneciente a la red de hospitales públicos.
- Control Público: La empresa concesionaria está sujeta al cumplimiento de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones. La Administración tiene capacidad de control y de inspección, así como facultad normativa y sancionadora.
- Prestación Privada: La prestación del servicio sanitario se adjudica durante un periodo de

tiempo preestablecido a una empresa concesionaria, que se compromete a la buena marcha y gestión del servicio público, a cambio de una cantidad que le garantice un nivel suficiente de beneficios.

- Permite a los gobiernos realizar inversiones en infraestructuras para las que no tienen liquidez. La amortización de las inversiones a medio/largo plazo supone un porcentaje bajo del coste de funcionamiento.
- La inversión no se contabiliza como deuda pública.
- La rentabilidad política es muy alta, al posibilitar la apertura de nuevos centros sanitarios sin incrementar impuestos ni reducir otros gastos públicos a corto plazo.
- Produce mejoras de eficiencia en los servicios externalizados, consecuencia de los incentivos de los propietarios privados a maximizar beneficios. Adicionalmente, es posible que existan economías de escala en la organización y gestión debido a que la empresa adjudicataria asume de forma global la gestión de todos los servicios.
- La introducción de empresas especializadas en el sector de servicios no clínicos (hostelería, mantenimiento, seguridad, etc.) debería aportar mejoras en la calidad de estos servicios.
- La relación contractual a largo plazo genera incentivos para la innovación tecnológica en los servicios externalizados.
- Se transfieren riesgos (construcción, disponibilidad, demanda, etc.) a la empresa concesionaria.

Como desventajas de este sistema, destaco las siguientes:

- La interferencia de criterios económicos en la atención médica, provocando, por ejemplo, que el hospital atienda preferentemente a enfermos desplazados, por los que la administración debe pagar más que por los que residen en su área de cobertura contractual.
- La arbitrariedad en la asignación de recursos y procesos, atendiendo exclusivamente a la rentabilidad de la inversión e ignorando criterios estrictos de salud pública. La connivencia entre

responsables políticos y de la empresa concesionaria se ha probado en numerosas ocasiones.

- Pueden provocar cierta opacidad en el control del gasto por parte de la Administración.

Otros modelos de gestión indirecta de un servicio público, además de la concesión, son los siguientes:

**El concierto.** Es una modalidad de gestión contractual de servicios en que la Administración se vale, para realizar su prestación, de la existencia de otras personas o entidades que realizan las mismas o similares actividades o prestaciones, mediante la pertinente compensación económica.

**El arrendamiento o locación de servicios.** La Administración cede la explotación de un servicio previamente instalado por ella a otra persona, durante un tiempo, a cambio de un canon o precio determinado. Esta forma de gestión sólo se halla prevista y regulada en el régimen local.

**La gestión interesada.** La Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato, pudiendo estipularse incluso un beneficio mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo al resultado de la explotación.

Se caracteriza por la presencia de un particular, persona física o jurídica, que asume, la gestión del servicio a cambio de una participación económica en el resultado de la explotación del mismo. El riesgo económico se asume de modo conjunto por la Administración titular del servicio y el empresario o gestor "interesado".

**La sociedad de economía mixta.** La gestión del servicio se realiza mediante la constitución de una sociedad mercantil –anónima o de responsabilidad limitada –, o la participación en una ya constituida, de la Administración, por sí o por medio de una entidad pública, y otras personas, físicas o jurídicas, la participación conjunta o concurrente en el capital social (aspecto económico), sino también en la dirección y gestión de la empresa (aspecto funcional), en la que ha de intervenir por ello la Administración, bien por su condición de accionista, o bien porque a ello le facultan los estatutos sociales cuando se le atribuyen votos plurales u otros derechos.

**Mafalda afirma que ser madre es lo mejor que le ha pasado en la vida. Tiene una amiga, María, que es lesbiana y tiene pareja. Se pregunta qué podría hacer María para tener una hija mediante técnicas de reproducción asistida. ¿Entraría la aplicación de la técnica dentro de la cartera de servicios comunes de la Seguridad Social?**

La aparición de las técnicas de reproducción asistida supuesto dar nuevas soluciones al problema de la esterilidad para un gran número de parejas que sufrían dicha patología. Esta cuestión fue inicialmente regulada en España mediante la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Actualmente la cuestión se encuentra regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Según esta Ley, las **técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando:**

- Haya posibilidades razonables de éxito,
- No supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y
- Previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

Como usuarias de las técnicas de reproducción asistida se contempla a toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

Además, se establece que se podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Posteriormente, la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, modificó el apartado 5.3.8. En ella se establece que los tratamientos de reproducción humana asistida se realizarán:

- Con fin terapéutico o preventivo y
- En determinadas situaciones especiales.

La Orden señala como finalidad de estas técnicas:

- - Ayudar a conseguir la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o una vez que éstos hayan fracasado, y
- - Para evitar enfermedades o trastornos genéticos graves para la descendencia y
- - Cuando se necesite un embrión con características inmunológicas idénticas a las que un hermano que sufre una patología grave.

Los tratamientos con fines terapéuticos se aplicarán a las personas que se hayan sometido a un estudio de esterilidad y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- Existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo.
- Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

Es decir, la Orden restringe de manera clara los supuestos en los que las técnicas de reproducción asistida van a ser aplicados por el Sistema Público de Salud.

En el caso de mujeres solteras, o de mujeres homosexuales, las razones por las que acuden a este tipo de técnicas no es porque sufran ninguna patología que les impida quedarse embarazadas.

Existe una sentencia del Juzgado de lo Social número 18 de Madrid que condena a la Consejería de Sanidad de Madrid y a la Fundación Jiménez Díaz por discriminar a una pareja de lesbianas. La juez basa su condena a la comunidad y al hospital en que hacen caso a una orden ministerial que contraviene una ley, que es una norma de mayor rango. “No se trata de que exista una orden ministerial con un determinado contenido” para justificar negar la asistencia,



dice la juez. “Existe una norma con rango de ley, de rango superior a la orden, que establece el derecho a esta asistencia, sin discriminación por la orientación sexual, y la fundación debió interpretar la norma de acuerdo con la ley”. La magistrada aclara que la ley sobre técnicas de reproducción asistida establece el derecho a la asistencia de la misma con independencia de la orientación sexual y añade que las normas de rango inferior —como es una orden ministerial— no pueden ir contra lo dispuesto en aquella.

Por su parte, el Gobierno Valenciano y el de la Comunidad de Madrid han anunciado que devolverán a todas mujeres, independientemente de su estado y orientación sexual su derecho a acudir a las técnicas de reproducción asistida a cargo de la Seguridad Social.

**Mafalda, que está felizmente casada, se pregunta también, si quisiera someterse a un proceso de reproducción asistida, ¿sería necesario el consentimiento de su marido? ¿Podría someterse al mismo sin que lo sepa su marido? ¿Cómo quedaría determinada la filiación en ese caso?**

Para someterse a las técnicas de la reproducción asistida, la mujer debe ser anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, de los riesgos y de las condiciones de aplicación.

La información ha de comprender los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de las técnicas, y también habrá de darse la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora ha de plasmarse en un formulario de consentimiento informado.

Como establece el artículo 6.3, si la mujer está casada, será necesario además, el consentimiento de su marido (a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente). El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la

utilización de las técnicas, deberá reunir los mismos requisitos de expresión libre, consciente y formal. Si la receptora de las técnicas está casada y no separada con otra mujer, según la Ley del Registro Civil, ésta podrá manifestar que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge.

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles. Pero en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Cuando haya nacido un niño mediante técnicas de fecundación, ni la mujer progenitora ni el marido (siempre que hayan prestado el consentimiento de la manera establecida y con los requisitos que contempla la ley).

Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

**A Mafalda le recetan un medicamento. Va a la farmacia, y como no les queda, la farmacéutica modifica el medicamento prescrito, si bien con el mismo principio activo que el prescrito. Sobre el nombre del medicamento sustituido, simulaba la firma del médico, induciendo a pensar que lo había recetado él.**

A la farmacéutica se le puede imputar un delito de falsedad documental. El cambio de un medicamento por otro, tiene que ser validado por el facultativo, o excepcionalmente, cuando se trate del mismo principio activo, con la conformidad del interesado, y en ambos casos será necesario la consignación por escrito de tales circunstancias

Una receta de la seguridad social o del servicio de salud de la correspondiente Comunidad Autónoma, es un documento oficial.

La doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo (sentencias de 22 marzo y 21 mayo 1993) distingue dos clases de recetas médicas: 1º) Las expedidas por los facultativos en el ejercicio

de su función sanitaria en organismos públicos como la Seguridad Social., que tanto por su origen, como por su destino, deben estimarse como documentos oficiales. La receta es documento oficial extendido por la profesión médica cuando los medicamentos prescritos exigen para su distribución receta médica (sentencias de 19 de marzo de 1990, y 25 de mayo de 1990 y 22 de marzo de 1993). 2º) Las realizadas por los médicos en el ejercicio particular de su profesión, que son documentos privados. En su consecuencia es doctrina pacífica que las recetas médicas de la seguridad social deben ser consideradas como documentos oficiales por las siguientes razones: 1º) Quien los emite es un médico de la Sanidad pública, y como tal está desempeñando una función pública a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1998, y de 7 de noviembre. 2º) Asimismo, las recetas por él expedidas lo fueron con membrete del Servicio Público de Salud y prestando el médico sus servicios en el Servicio de Salud como responsable de su Unidad. 3º) Y finalmente, se trata de un documento oficial pues el mismo fue presentado en despachos u oficinas de farmacia para obtener la dispensa de medicamentos para los que la Ley exige la correspondiente prescripción médica plasmada en receta médica.

Además, las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo.

La falsificación que ha realizado la farmacéutica supone alterar conscientemente la verdad por medio de una mutación documental, y ataca a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban, trastocando la realidad y convirtiendo en veraz lo que no es.

**Mafalda permanece ingresada en el Hospital, y en protesta contra la mala gestión sanitaria del gobierno y los recortes que se han efectuado recientemente en sanidad, decide ponerse en huelga de hambre. ¿Deben los médicos intervenir de algún modo, alimentándola artificialmente cuando su**

### **vida corra peligro, mientras permanezca ingresada?**

El médico se encuentra ante un grave dilema ya que se ven afectados derechos básicos de la persona que entran en conflicto: se enfrenta el respeto al derecho de la autonomía de la voluntad y el principio de beneficencia conforme al cual el médico tiene obligación de reanimarla.

El paciente, por el mero hecho de serlo y recibir asistencia médica, no pierde su dignidad como persona ni los derechos que le son inherentes, entre los cuales encontramos la libertad, y concretamente el derecho de autodeterminación en relación a su salud. El paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los tratamientos existentes y sus efectos, para decidir lo que crea conveniente. Así se reconoce en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997 (que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000) y el artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01. Este último regula el consentimiento informado enmarcado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer que “toda persona tiene el derecho a su integridad física y psíquica” y dispone que “en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español va en sentido opuesto ya que dicta que se debe aplicar alimentación forzada cuando “... sea necesaria para impedir el riesgo de muerte” (STC 120/90, FJ6º) o “... cuando, según indicación médica, el recluso corra grave y cierto peligro de muerte o de entrar en una situación irreversible”. (STC 137/90, FJ7º). Por tanto, según la jurisprudencia española, la Administración está obligada a aplicar alimentación forzosa a un preso en huelga de hambre.

El derecho fundamental a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el de la propia muerte”. Refiriéndose al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tantas veces mentado a este respecto, recuerda que “protege el derecho a la vida, pero no confiere el derecho a elegir la muerte antes que la vida”. Con relación al tema que nos

ocupa dice la Sentencia del tribunal Constitucional nº 120/1990 (también las sentencias del mismo tribunal nº53/1985, 137/1990 y 11/1991), en su fundamento jurídico 8º, «la asistencia médica obligatoria constituye un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos que el Estado tiene obligación legal de proteger, acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo (...)».

**A Mafalda le someten a una intervención de apendicitis. Tras la misma, Mafalda empieza a tener problemas y molestias gástricas. Acude en repetidas ocasiones a Urgencias, donde no le dan importancia. Tras 5 años de padecimientos, mediante la realización de un TAC descubren que tiene alojada en su abdomen un trozo de gasa quirúrgica, posiblemente olvidada de la operación de apendicitis. ¿Tiene Mafalda derecho a realizar alguna reclamación?**

El olvido de una gasa gástrica en el cuerpo de la paciente comporta ya un daño, que evidencia una defectuosa praxis, y un defectuoso funcionamiento del servicio sanitario. La sentencia de 15 de marzo de 2000 (SAN, Sección 4ª, de 15 de marzo de 2000, recurso 544/1997) señala que “el olvido de una gasa - compresa quirúrgica en el proceso de una intervención quirúrgica constituye el fruto de una inobservancia de las más elementales reglas relativas a la utilización y tratamiento de tales compresas intraoperatorias, al no ponerse los medios y la atención necesarios en la realización de las tareas propias de tal intervención exigibles por la “lex artis”, que de haber mediado, sin duda habrían evitado el mal sufrido por la reclamante por la presencia de un cuerpo extraño en la cavidad abdomino-pélvica”.

La Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en las intervenciones quirúrgicas que practique, pero lo que no admite justificación es que se produzcan olvidos dentro del cuerpo del paciente, cuyas consecuencias jurídicas no pueden ser equiparables a las que resultarían de enfermedades o infecciones imprevisibles que fueran consecuencia ordinaria de las operaciones practicadas. Es una obligación del personal sanitario realizar un recuento del material utilizado antes y después de la intervención. En el caso de Mafalda, este recuento no se llevó a cabo,

por lo que se infringió la *lex artis*, y ello da lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios sanitarios.

El hecho del olvido de material quirúrgico en el cuerpo del paciente, determina la necesidad de extracción de dicho material, y de someterse a una nueva intervención para la retirada de la gasa gástrica, con el consiguiente daño, que deriva del nuevo traumatismo, la preocupación por intervención, y las molestias que todo ello comporta.

¿En qué cantidad se le indemnizaría a Mafalda? Es necesario recordar que el principio que rige esta materia es el de la “reparación integral”, pues tanto el artículo 106.2 de la Constitución como el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, se refieren a “toda lesión” que los particulares “sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”. En relación con supuestos de abandono u olvido de material quirúrgico en el campo quirúrgico, la doctrina jurisprudencial ha sido muy casuística; y así, la STSJ de Cataluña, de 20/febrero/2009 (recurso 54/2005) reconoció una indemnización de 65.735,795 euros ante unos daños significados sufridos por el paciente; la Audiencia Nacional, en Sentencia de 24/septiembre/2008 (recurso 13/2007), por olvido de una compresa -gasa que permaneció en el cuerpo de la paciente hasta 32 años después, reconoció una suma de 18.000 euros, valorando la angustia de aquella ante lo que pudo ser una neoplasia, que finalmente era el material quirúrgico olvidado; el mismo Tribunal, en Sentencia de 7/marzo/2001 (recurso 175/2000) reconoció una indemnización de 3000 euros., en un supuesto de olvido de un pequeño material quirúrgico metálico; y en Sentencia de 9/octubre/2002 (recurso30/2001) fijó una indemnización de 180.303,63 €, si bien la paciente tenía secuelas graves. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7/noviembre/2007 (recurso 606/2005), siendo el material olvidado unas tijeras quirúrgicas estableció como montante indemnizatorio la cantidad de 25.000 euros; y el mismo Tribunal, en Sentencia de 25/febrero/2004, frente al olvido de una gasa en el curso de una intervención de cirugía maxilofacial que causó posteriores infecciones declaró una indemnización de 33.000 euros. La STSJ del País Vasco, de 27/julio/2001 (recurso. 211/2000) por el olvido de unas gasas en el oído interno reconoció una indemnización de 3000 euros, y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), en Sentencia de 28/enero/2011 (recurso 2080/2006), que recopila las anteriores, concluye que: “ponderando la doctrina reseñada y los supuestos analizados, así como la actualización temporal

*de las cuantías en relación con esos supuestos, la angustia sufrida por la actora, quien durante un mes quedó sometida a la sospecha y temor de padecer un cáncer abdominal, junto con la intervención absolutamente gratuita a la que fue abocada -la segunda-, el sometimiento al riesgo quirúrgico de esta segunda intervención, que afortunadamente no cristalizó, los días de incapacidad derivados de esta segunda intervención, todo el tiempo durante el cual ha estado el citado cuerpo extraño dentro de la actora, generando una tumoración, así como el daño moral derivado de la gravedad de los hechos analizados, valora el total indemnizatorio, entendiéndose ya actualizado a la fecha de la presente sentencia en 25.000 euros.”.*

Existe una dificultad de valorar el daño en esta clase de procedimientos, en el que los baremos establecidos para otros ámbitos tienen carácter meramente orientativo o no vinculante, la indemnización ha de partir de la entidad del daño, y del quebranto que ha producido en la salud e integridad del lesionado. En este sentido, ya hemos expresado que el daño deriva del hecho de dejar alojado en el cuerpo del paciente material quirúrgico, propiciando una nueva intervención, junto al daño moral que ello implica. Así las cosas, y vistos otros supuestos análogos (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1 de enero de 2001, recurso 723/99; de 24 de abril de 2002, recurso 241/2001; o de 15 de marzo de 2000, recurso 544/1997).

El daño indemnizable debe venir enlazado en relación de causa-efecto con la actuación de la Administración Sanitaria, de forma que quede debidamente probado no solo el daño sino su relación con ese actuar imputable a la Administración. El sometimiento de la paciente a una intervención con el fin de corregir un error precedente debe entenderse como un supuesto de creación o incremento de riesgo por encima del umbral que resulta lícito tolerar. Semejante intensificación de la exposición de la Sra. Nuria a riesgos de lesión de su salud implica un empeoramiento de su situación personal en principio no soportable, por no serlo nunca los riesgos cuyo origen es un inadecuado manejo de la *lex artis* y del deber de cuidado que debía presidir una intervención como la realizada.

**Mafalda tiene una amiga musulmana muy fundamentalista. Se pone enferma y necesita ir al ginecólogo. Cuando se da cuenta**

**que es un hombre, se niega a que le atienda, y exige de muy malos modos que sea una mujer ginecóloga la que le atienda.**

Debería solicitar una libre elección, que le será concedida si se cumple con lo dispuesto en el Decreto de Libre Elección.

**Mafalda desde que era niña siente que, a pesar de su apariencia de mujer, es un hombre. No se corresponde su sexo físico con su sexo psíquico. Se pregunta si puede hacer algo al respecto, y qué derechos tendría.**

La transexualidad es la situación producida cuando una persona presenta una diferenciación sexual (una anatomía sexual) con la que no se siente conforme. Así, su identidad sexual y su anatomía sexual no se corresponden, y es necesaria la búsqueda de un ajuste entre ambas. Aunque no existen pruebas científicas que expliquen su causa, muchos científicos proponen un origen biológico, posiblemente debido a unos efectos hormonales en el periodo fetal.

A día de hoy, muchos sectores cuestionan que se trate de una enfermedad o trastorno, pero los principales manuales de diagnóstico psiquiátrico usan el término “trastorno” para referirse a la misma. El DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) hace referencia a “trastorno de la identidad de género en adolescentes y adultos” y “trastorno de la identidad sexual”.

El hecho de que sea considerado un trastorno, ha supuesto ciertas ventajas, que de otro modo no se hubieran producido, como por ejemplo:

- Ha supuesto una vía de investigación y comunicación entre profesionales de todo el mundo.
- Ha favorecido la puesta en marcha de dotar de cobertura sanitaria dicho trastorno.
- Está generando muchas investigaciones que proporcionarían mejores tratamientos y una aproximación al conocimiento de su origen.

Pese a ello, muchos colectivos de personas transexuales se oponen a que se denomine “trastorno”, pues los estigmatiza. Además, la capacidad mental o el desarrollo cerebral de las personas transexuales

no muestran ninguna alteración. Es cada vez mayor el número de personas e investigadores que piden la despatologización de la transexualidad, en línea con la legislación internacional de derechos humanos sobre la orientación sexual y la identidad de género, que establece que “con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”.

La dignidad de toda persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que exige el respeto a la espera de autodeterminación personal, libre de injerencias y discriminaciones, así como el establecimiento de las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad, es el fundamento de la regulación de la transexualidad.

La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2012, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en su Recomendación General 98, insta a los Estados miembros a que introduzcan o revisen los procedimientos de reconocimiento jurídico de género.

En Derecho comparado, la pionera fue la Ley 26.743 de Identidad de Género de Argentina, promulgada el 23 de mayo de 2012. En España, no será hasta 1983 cuando se despenalizan las operaciones de cambio de sexo, mediante la reforma del artículo 428 del Código Penal. Este artículo recogía entre los delitos de lesiones, la esterilización y algunas cirugías que incluían la cirugía de reasignación de sexo.

En cuanto a la jurisprudencia, requería como prueba fundamental de la realidad del cambio de sexo su adecuación externa total al sexo requerido. El Tribunal Supremo deba cierto peso al sexo psicológico y social, admitiéndolo como que podría prevalecer sobre el cromosómico, pero exigía para ello la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, incluyendo caracteres primarios y secundarios, y la implantación de los órganos del sexo deseado. Así como ejemplo, están las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1987, de 15 de julio de 1988, de 3 de marzo de 1989, y de 19 de abril de 1991. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2002, que resolvía un caso de cambio de sexo femenino a masculino, no lo estimo por no cumplir la totalidad de la cirugía de reasignación, pese a que la solicitante llevaba más de tres años de tratamiento y había sido sometida a una primera intervención. El tribunal Supremo fijo en este sentencia

el proceso de reasignación sexual, que dividía en tres pasos, que debían haberse cumplido integrante:

- El tratamiento hormonal.
- Cirugía de eliminación de los caracteres sexuales femeninos, primarios y secundarios.
- Implantación de pene.

Esto cambia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007, y ya se considera prescindible la cirugía de reasignación.

Sanidad introdujo en marzo de 2007 la transexualidad dentro del catálogo de enfermedades mentales de la Seguridad Social.

El Real Decreto 63/1995 (derogado hoy por el Real Decreto 1030/2006), contempla por primera vez la “cirugía de cambio de sexo”, pero para considerarla expresamente como prestación no financiable con cargo a la Seguridad Social, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos. La situación cambia con la aprobación del Real Decreto en el 2006. No menciona entre las prestaciones excluidas la cirugía de cambio de sexo, pero tampoco la menciona en la cartera de servicios comunes. Esto implica que se deja su posible cobertura por la sanidad pública en manos de las Comunidades Autónomas, por la vía de su inclusión en la cartera de servicios complementaria (artículo 11).

Varias Comunidades Autónomas han incluido en su cartera complementaria dicha prestación. En España fue Andalucía la primera comunidad autónoma que incluyó el tratamiento transexualizador entre sus prestaciones sanitarias, inaugurando la Unidad de Trastornos de Identidad de Género en el 2000. La Ley andaluza es la Ley nº 2/2014 integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, aprobada por el Pleno del Parlamento el día 25 de junio de 2014. En la Comunidad Valenciana se está preparando la Ley Integral de Transexualidad que contemplará acciones en el ámbito educativo, sanitario, laboral y social.

Incluso si un transexual entra en prisión, la Ley Orgánica 1/1979 del 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece que se respetará la identidad con la que la persona se sienta reconocida. Es decir, una transexual femenina deberá ser internada y tratada como cualquier otra presa, en una prisión femenina.

Un tribunal francés ha reconocido, en primera instancia el 20 de agosto de 2015, por vez primera en este país el sexo neutro de un individuo. La persona que ha logrado tal primicia tiene 64 años y ha vivido hasta ahora identificado oficialmente como un hombre, a pesar de que sus órganos sexuales no están lo suficientemente desarrollados y él no se siente cómodo ni como hombre ni como mujer. Un caso similar tuvo lugar en Australia, donde en 2010 el Gobierno de Nueva Gales del Sur reconoció en un documento a un británico como persona residente en ese país de “sexo no especificado”. Cuatro años más tarde, el Tribunal Superior de ese país consagró ese derecho.

Para el tratamiento de la disforia de género, se exigen los siguientes requisitos:

- Ser mayor de edad
- Mantener un contacto con un psicólogo o psiquiatra para descartar que exista una alteración psicológica transitoria y certificar que efectivamente se trata de un proceso real de transexualidad.
- Poseer un certificado expedido por un psiquiatra que acredite el diagnóstico de transexualidad real (requisito legal indispensable para realizar la intervención). Este certificado se deriva de un análisis psicológico-psiquiátrico y de la aceptación del rol del sexo contrario por parte del o la paciente durante un largo periodo de tiempo, en el que la persona debe comportarse, vestirse y cambiar su nombre (si no lo ha hecho ya) adecuándolo al sexo al que desea pertenecer.
- Haberse sometido a un tratamiento hormonal, dirigido por un endocrinólogo, por un periodo mínimo de 9 meses, antes de la intervención quirúrgica; así como también a unas pruebas preoperatorias, cuyos resultados son confidenciales.
- Firmar un consentimiento informado, del cual puede pedir una copia, donde informa tanto de la irreversibilidad como de las complicaciones propias de la cirugía.

En relación al cambio de nombre, se aprobó la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En ella se establece que toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que conllevará

el cambio de nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral. Para que se proceda a la rectificación registral, el solicitante deberá acreditar:

- Que le ha sido diagnosticada disforia de género.
- Que ha sido tratada medicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.
- No será necesario que el tratamiento médico haya incluido la cirugía de reasignación sexual.

Por ello, Mafalda, si cumpliera los requisitos, si podría convertirse en un hombre, mediante los tratamientos médicos previstos al efecto, y tendría derecho a que se le considerase hombre en todos los sentidos.

**La hija de Mafalda está preocupada porque el Código Penal ha elevado a los 16 años la edad para mantener relaciones sexuales consentidas. Antes el límite eran los 13 años. Ella y su novio tienen 15 años, sí mantienen relaciones, y se preguntan si podrían ir a la cárcel por ello.**

Una de las novedades introducidas por la reciente reforma del Código Penal que entró en vigor en julio de 2015 es la elevación de la edad para consentir las relaciones sexuales, que pasa de los 13 años a los 16 años. Esta modificación obedece a la lucha contra los abusos a menores. En su virtud, el mantener relaciones sexuales son menores de 16 años se considerará en todo caso delito (de abuso sexual, previsto en el artículo 181 del Código Penal), salvo en el caso que se trate de relaciones sexuales entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez.

Esta elevación de la edad tiene trascendencia a nivel sanitario, tanto para los médicos de atención primaria como para los ginecólogos en la atención especializada, ya que para algunos actos médicos relacionados con la salud sexual modifica las reglas sobre el menor maduro previstas en la Ley de Autonomía del Paciente (Ley 41/02).

Con carácter general, el médico puede considerar a un paciente de menos de 16 años como menor

maduro, siempre que tenga capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención, y solo deberá informar a los padres en caso de actuación de grave riesgo. Pero con la reforma del Código Penal, ya no habrá menor maduro por debajo de los 16 años respecto a las relaciones sexuales, lo que conlleva que tampoco lo sean para decidir por ellos mismos aquellos tratamientos médicos dirigidos a mantenerlas, como por ejemplo los métodos anticonceptivos.

Otro aspecto importante es hasta qué punto el médico tendrá obligación de tomar medidas cuando constate que un menor de 16 años está manteniendo relaciones sexuales, pues la presunción será que está ante un delito de abuso sexual, penado con hasta seis años de cárcel.

Esto podría solucionarse pensando que los delitos de abusos sexuales son delitos semipúblicos, es decir, que para su persecución se requiere denuncia del agraviado, de su representante legal, o del Ministerio Fiscal. La diferencia con los delitos público estriba en que ante estos, se obliga a denunciar a cualquier persona que los conozca, especialmente a los médicos, como establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello, considero que el médico no tiene la obligación de denunciar estos casos. Pero ¿debe el médico avisar a los padres de que su hijo/a menor de 16 años está manteniendo relaciones sexuales?

En mi opinión, deberían establecer unos protocolos de actuación que deban seguir los profesionales sanitarios ante este tipo de situaciones.

**Mafalda acude a su hospital con la intención de interrumpir voluntariamente su embarazo. El ginecólogo que la atiende se niega, alegando objeción de conciencia, no obstante le informa de todo, y le dice que la intervención se la realizará otro compañero suyo. ¿Tiene en este caso el ginecólogo el derecho a la objeción de conciencia para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo?**

Los profesionales sanitarios viven a veces situaciones de conflicto entre dos deberes: el de repetir las decisiones de sus pacientes o de sus superiores y el de fidelidad a sus propias creencias, valores y a su conciencia.

La objeción de conciencia se encuentra regulada en la Constitución en los artículos 30.2 y 53.2, con referencia al servicio militar, y en el artículo 20.1.d en relación con los profesionales de la información. La objeción de conciencia en el ámbito sanitario no está expresamente recogida en la Constitución, pero el Tribunal Constitucional reconoció la objeción de conciencia al aborto en la Sentencia de 11 de abril de 1985, al declarar que *“El derecho a la objeción de conciencia (...) existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y (...) la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”*.

Actualmente el aborto está regulado en la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que regula los supuestos en los que el aborto está permitido (a petición de la mujer, y por causas médicas). El artículo 19.2 de esta ley establece que *“la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas”*. El médico deberá manifestar su negativa a la realización de la intervención con antelación y por escrito.

El artículo 26 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, de 1999, dispone que el médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir un embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó. Respetará siempre la libertad de las personas interesadas de buscar la opinión de otros médicos. Y debe considerar que el personal que con él colabora tiene sus propios derechos y deberes. Además, podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflictos de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

La Declaración de la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico sobre la objeción de conciencia, de 26 de octubre 2009, señala que “el médico puede y debe negarse a realizar prácticas médicas que vayan contra los dictados de su conciencia. Es un deber moral y una práctica lícita desde el punto de vista social”.

El art. 17 de la Guía de Ética Médica Europea, según texto aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas de 6 de enero de 1987, dice que “es conforme a la ética que el médico, en razón de sus convicciones personales, se niegue a intervenir en procesos de reproducción o en casos de interrupción de la gestación o abortos”.

**Mafalda necesita la píldora postcoital, ya que ha mantenido relaciones sexuales y se le ha roto el preservativo. Acude a una de las muchas farmacias que hay en su barrio, pero el farmacéutico se niega a venderse, alegando su derecho a la objeción de conciencia. ¿Es la negativa a dispensar en la farmacia la píldora del día después una decisión amparada por el derecho a la objeción de conciencia?**

La objeción de conciencia a la venta en la farmacia de la píldora del día después se trata de una manifestación de la libertad ideológica y religiosa que la Constitución reconoce en su artículo 16.1. Todo ello sin que se ponga en peligro el derecho de la mujer a adquirir la píldora, y no comprometa su derecho a la salud sexual y reproductiva. Sería adecuado también que el farmacéutico titular de dicha oficina de farmacia estuviera inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de su provincia. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 2015.

El actor, un farmacéutico de Sevilla, alega que el que se le ordene tener en la oficina de farmacia un número de existencias mínimas y vender la píldora post coital, vulnera el derecho a la vida y a la libertad ideológica y religiosa, consagrados en los artículos 15 y 16 de la Carta Magna.

En mi opinión, mantener que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa e ideológica implicaría aceptar que la libertad religiosa e ideológica ampara

el derecho de toda persona no solo a tener o no tener las creencias que cada uno crea convenientes, sino que también ampara el derecho de toda persona a comportarse en cualesquiera circunstancias de la vida con arreglo a sus propias creencias.

No hay que olvidar que la libertad religiosa e ideológica tiene unos límites, concretamente uno recogido en el artículo 16.1 de la Constitución, que es “*el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”.

Ese ‘comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias’ choca frontalmente con el artículo 9.1 de la Constitución, que establece que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

**Mafalda y su marido se niegan a ponerle a su hijo una vacuna obligatoria. ¿Se le podría vacunar en contra de la voluntad de sus padres? ¿Están actuando correctamente? ¿Prevalece el interés superior del menor?**

En el Estado Español, actualmente, ninguna vacuna es obligatoria por ley, el sistema se basa en las recomendaciones. En épocas anteriores, lo ha sido para las vacunas antivariólica y antídifterica. En Argentina y EEUU actualmente existe la obligatoriedad de ciertas vacunas.

El principio de respeto a la autonomía de la voluntad del artículo 2.1 de la ley 41/2002, y el derecho del paciente a negarse al tratamiento, del artículo 2.4., salvo en los casos determinados en la Ley. El médico tiene el deber de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente, en virtud del artículo 2.6.

Las excepciones contenidas en la Ley (art 9.2) no avalan la imposición de la vacunación. Las autoridades sólo podrían imponerla en el caso de riesgo para la salud pública, es decir, ante brotes o epidemias. Asimismo, tampoco estaríamos ante una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica al no tratarse de un tratamiento curativo, sino de un método meramente preventivo.

La Ley Orgánica 3/86 en su segundo artículo dicta que “Las autoridades podrán tomar cualquier



tipo de medidas para preservar la salud pública, con el único requisito de que existan indicios racionales de que la misma se encuentra en peligro. Se permite adoptar medidas cualesquiera en casos de epidemias o situaciones límite”. Aunque no se refiere explícitamente a las vacunas, podemos deducir que en casos extremos como epidemias valdría la obligatoriedad.

La ley únicamente regula la posibilidad de forzar a una familia a vacunar en caso de grave riesgo para la salud pública. Un comodín que se usó, por primera vez por la Junta de Andalucía en 2010 cuando un grupo de niños sin vacunar por decisión de sus padres provocaron un brote con medio centenar de contagios en un colegio de Granada.

Según la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Los padres han de velar por los derechos de los niños, y hay que tener en cuenta que siempre ha de estar por encima el interés superior del menor. Al no querer vacunar a sus hijos, los padres lo ponen en peligro, pero no sólo a él, sino a toda la comunidad.

**Mafalda y su marido concibieron a uno de sus hijos utilizando técnicas de reproducción asistida. Se preguntan qué puede y qué no puede hacer la clínica en la que se realizaron estas técnicas con los embriones sobrantes. Si con la utilización de dichos embriones se descubre una vacuna muy importante, ¿Tendrían Mafalda y su marido algún derecho sobre la misma?**

En los casos en que aún no se haya procedido a la fecundación, es decir, los gametos (óvulos o espermatozoides), pueden ser utilizados con fines de investigación. Dichos gametos no podrán ser transferidos a la mujer ni con ellos se podrán originar preembriones con fines de procreación. La ley deja abierta

la puerta a que sí puedan originarse preembriones con fines distintos de la procreación.

La investigación biomédica utilizando preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro permite avanzar en el conocimiento de enfermedades genéticas, neurodegenerativas o inmunológicas.

La Ley 14/2007 de Investigación Biomédica en su artículo 33 regula la obtención de células de origen embrionario. Prohíbe la constitución de preembriones y embriones humana exclusivamente para fines de experimentación.

La ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida permite la investigación o experimentación con preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. Pero no en todos los casos, si no observando siempre una serie de requisitos:

- Que se cuente con el consentimiento de Mafalda y de su marido, previamente de haberles informado pormenorizadamente de los fines que se pretenden conseguir con la investigación. Estos consentimientos han de expresar la renuncia de la pareja a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de las investigaciones.
- Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más de 14 días tras la fecundación (descontando el tiempo que ha podido estar crioconservado).
- Que la investigación se lleve a cabo por equipos científicos cualificados, en centros autorizados y con el seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.
- Que se realicen en base a un proyecto autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.
- Los preembriones sobrantes que vayan a ser destinados a fines de investigación se conservarán en los bancos de preembriones de los centros de reproducción asistida correspondiente.

En caso de que se proceda a la investigación con los preembriones incumpliendo los anteriores requisitos, suponen una infracción muy grave,

contemplada en el artículo 26.2.c.4ª, sancionable con multa de hasta 1.000.000 Euros.

Si de dicha investigación con los preembriones se llegase a descubrir alguna vacuna importante, Mafalda y su marido no tendrían derecho alguno sobre la misma, puesto que al firmar el consentimiento informado para que sus preembriones sean destinados a investigación, renuncian a cualquier derecho de ese tipo sobre el resultado de la investigación.

**Mafalda acude al Centro de Salud de su pueblo a las 5.00 de la mañana, porque cree que está sufriendo un infarto de miocardio. La recepcionista avisa al médico en múltiples ocasiones, que tarda 2 horas en llegar porque se encontraba en la cafetería tomando algo. Mafalda piensa que el comportamiento del médico no es el adecuado, por lo que pregunta si puede tomar alguna acción legal.**

Según el artículo 195 del Código Penal:

*1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

*2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*

*3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.*

Este artículo castiga a quien omitiere socorro hacia una persona que se encuentre en la siguiente situación:

- Desamparada.
- En peligro manifiesto y grave. Peligro evidente e importante para su vida o integridad física.
- Que el socorro pueda prestarse sin peligro propio ni de terceros.

Se expone, en este precepto penal, el supuesto especial en que el peligro a la víctima haya sido provocado por quien ha de prestar el auxilio, distinguiendo así si el accidente que originó la situación de peligro para la víctima fue debido a un caso fortuito, o a una imprudencia.

El Artículo 196 del Código Penal castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare el servicio sanitario, si de estas conductas se derivase peligro grave para la salud de las personas. La pena asignada es de multa de 3 a 12 meses, que se agrava (multa de 6 a 12 meses y prisión de 6 meses a 1 año), si el daño sobrevino por accidente causado por quien incurrió en las conductas expuestas, e incluso puede llegar a 24 meses de multa, 2 años de prisión y 3 de inhabilitación profesional, cuando la causa radica en una imprudencia del autor del daño.

*Artículo 196 CP.*

*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*

Este artículo se refiere expresamente al ámbito sanitario. En Derecho comparado, algunos Códigos (por ejemplo el de Portugal, en su artículo 284) aluden expresamente a la responsabilidad del personal sanitario. Pero la gran mayoría de Código Penales de los países de la Unión Europea no contemplan una figura específica sino que se acude al delito de omisión del deber de socorro general, o a la comisión por omisión.

Tradicionalmente la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1982, 9 de mayo de 1983, 18 de enero de 1984, 4 de febrero y 13 de marzo de 1987, 16 de mayo y 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 16 de mayo de 1991, 3 de mayo de 1997 y 11 de noviembre de 2004) puso de manifiesto que aunque el bien jurídico amparado de forma inmediata por la norma penal fuese la solidaridad humana o los deberes cívicos más elementales, los bienes que se protegen no son otros que la vida o la integridad física, posición que aún hoy se mantiene en sentencias como la del TS de 28 de

enero de 2008, al indicar que los delitos de omisión del deber de socorro sancionan genéricamente una conducta insolidaria que se concreta en supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física.

Las circunstancias que tienen que darse para la aparición del este delito son las siguientes:

a) Que el autor sea un profesional sanitario. A efectos penales es indiferente la índole de la relación (en propiedad, interino, eventual, funcionario, estatutario, laboral...) que une al profesional sanitario con la Administración Sanitaria.

b) Que se produzca denegación de asistencia o abandono del servicio. Esta circunstancia es más difícil de determinar. Solo puede concurrir denegación de asistencia cuando no se preste ésta habiendo obligación de hacerlo. El Código Penal no señala cuándo ha de ser así, y hay que acudir a la regulación administrativa para saberlo. Así no hay delito de denegación de asistencia en los casos de huelga legal, pues el ejercicio de este derecho constitucional releva de la obligación de prestar asistencia mientras es ejercitado por el profesional.

c) Que se produzca un riesgo grave. Se trata pues de un delito de riesgo. Es decir, para que surja el ilícito penal no es necesario que llegue a producirse el daño, pues si aparece cualquier lesión estaríamos en presencia, además del delito de riesgo, de otro delito de lesiones o de homicidio, según procediera. El riesgo ha de ser relevante y cualificado, caracterizado por su trascendencia para la salud de la persona que deba de estar amparada por la asistencia.

d) Que exista consciencia de la existencia del riesgo por parte del profesional. Que el sujeto que incurre en este delito tenga consciencia, por su experiencia y la situación que vive, del peligro que corre el ciudadano precisado de ayuda. Ello imposibilita la comisión culpable o negligente, caracterizando estas conductas el hecho de que el profesional deniega la asistencia o abandona el servicio a sabiendas del riesgo en el que, con dichas conductas, sitúa a la persona a quien debe la asistencia. Es, en efecto, un delito doloso (intencional), y por ello su comisión y condena origina antecedentes penales para su autor, con lo cual, si se logra eludir la prisión en una primera condena, en caso de un

segundo fallo condenatorio el ingreso en prisión es seguro, y ello con independencia de cuál sea la condena impuesta en este último.

La diferencia entre el delito general de omisión de socorro del artículo 195, y el de omisión de socorro sanitario del 196 de la misma norma, no reside en los bienes jurídicos protegidos, que son los mismos: la salud y la vida. La distinción reside en la particular posición del sujeto que ha de prestar el socorro. En el primer caso, podría tratarse de cualquier persona (incluso un médico que no está de servicio, que va paseando por la calle tranquilamente). Y en el segundo caso, en la llamada “omisión del deber de socorro sanitaria”, el sujeto ha de ser necesariamente un profesional sanitario que esté prestando sus servicios en ese momento.

La denegación de asistencia sanitaria podrá estar justificada cuando concurra una causa de justificación. Especialmente frecuentes son los supuestos de “estado de necesidad conflicto de deberes”, cuando la denegación o abandono sea consecuencia de la necesidad de atender otros casos más graves (artículo 20.5 Código Penal).

Otra causa de justificación sería el ejercicio legítimo de un derecho. Uno de los casos más típicos es cuando se ejerce el derecho de huelga, garantizado en el artículo 28 de la Constitución.

**Mafalda acude al Hospital, donde le toca un nuevo otorrino, el Dr. García. El médico le atiende, le realiza una revisión auditiva y conciertan una cita para dentro de 6 meses una nueva revisión. Días más tarde, la Dirección del Hospital descubre que el Dr. García entregó un título de Licenciado en Medicina y Cirugía falso, así como su título de especialista en Otorrinolaringología. ¿En qué responsabilidad puede incurrir el Dr. García?**

El delito de intrusismo es una figura delictiva que se define en el Código penal en su artículo 403, que establece que “1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título

oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

- **a)** Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.
- **b)** Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.”

Habría que determinar qué es un “acto propio de una profesión”. La jurisprudencia ha centrado ese concepto en torno a dos ideas o elementos: el diagnóstico y, especialmente, la decisión de un tratamiento.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo número 648/2013, de 18 de julio, el Código Penal distingue al respecto cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

1º La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión, se trata de la falta del art. 637.

2º El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito.

3º El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial.

4º El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio que constituye el tipo agravado (STS. 407/2005 de 23 de marzo).

El bien jurídico protegido por el tipo penal -dice la Sentencia del Tribunal Supremo número 1045/2011 de 14 de octubre-, está caracterizado por su carácter pluriofensivo. Ofende al perjudicado, que

es lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para las que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque obviamente, el titular del bien jurídico solo será el Estado, destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa. Esta requiere, de una parte, la realización de actos propios de una profesión y de otro, por quien no está en posesión del necesario título académico u oficial que permite su realización. Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión, quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social STS 934/2009, de 29 de septiembre.

Constituyen elementos configuradores del delito:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo ( STS 29.9.2006, 22-1-2002; 29.9.2000; 30.4.94).

b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; “esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (Sentencia del Tribunal Constitucional

número 127/90, de 5 de julio; 283/2006, 9 de octubre). Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como “título oficial” o que “habilite legalmente para su ejercicio”, sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas -materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (“títulos oficiales”, “actos propios de una profesión”, etc.) son los que han de servir de complemento exegetico al mismo- se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE 9 al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial.

Del mismo modo, el Hospital que contrató al Dr. García podría denunciar al mismo por los delitos de falsedad en documento público y estafa.

En cuando al delito de falsedad en documento público, es de aplicación el artículo 392 del Código Penal. Según el mismo, *“el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*.

Podría el Hospital reclamarle las cantidades cobradas en concepto de médico otorrino, ya que habría cometido un delito de estafa, tipificado en el artículo 248 del Código Penal. Según el mismo, cometen estafa los que *“con ánimo de lucro utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*. La pena que conlleva este delito es prisión de seis meses a tres años, teniendo en cuenta el importe de lo defraudado, el quebrantamiento económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

**Clotilde, hermana de Mafalda, que es funcionaria civil del Estado, es mutualista de MUFACE, y como tal, optó por recibir la prestación de la asistencia sanitaria en Pepito Seguros, una de las entidades que se le ofrecían. En la prestación de dicha asistencia sanitaria que consistió en una operación de apendicitis, Clotilde considera que se produjo un daño debido a una negligencia médica, y quiere reclamar por ello, pero la operación se llevó a cabo hace tres años. ¿Tiene derecho a reclamar por dichos daños a la clínica?**

Entre Clotilde, en su calidad de mutualista, y la aseguradora Pepito Seguros, no existe relación contractual alguna. La relación contractual de naturaleza administrativa media ente la Mutualidad y la entidad.

El Real Decreto Legislativo 4/2000 de 23 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, establece en su artículo 17 la forma en la que se prestará la asistencia sanitaria. Se dice que la asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, o directamente o mediante concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. En los mismos términos lo regula el Reglamento General de Mutualismo Administrativo (Real Decreto 375/2003 de 28 de marzo) en sus artículos 77 y 151.

Según la normativa citada, la relación contractual administrativa existe entre MUFACE y la entidad (Pepito Seguros), pero no con los facultativos o centros de la misma. Por ello, entre el mutualista (Clotilde) y la entidad sanitaria (Pepito Seguros) no existe relación contractual alguna. La relación contractual, como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la Mutualidad y Pepito Seguros como prestador de la asistencia sanitaria.

Existen sentencias que reconocen que la relación entre el mutualista y la entidad que mediante concierto presta la asistencia sanitaria no tiene carácter contractual:

- Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2011. Expone que la relación de MUFACE con la Entidad concertada no se extiende a los facultativos o centros de la entidad que presta asistencia; por lo que si lo reclamado es en virtud de responsabilidad de éstos en la prestación del servicio, no cabe dirigir la acción contra MUFACE.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006. Esta sentencia distingue entre la responsabilidad fundada en la culpa contractual y la basada en la culpa extracontractual. Concluye que existió vínculo contractual (y por tanto es de aplicación el plazo de prescripción de 15 años del artículo 1.964 del Código Civil). Se llega a tal conclusión porque la operación no se encontraba cubierta por el ISFAS, por lo que evidentemente se tuvo que llevar a cabo una relación contractual entre el paciente y la clínica. A sensu contrario, y en caso de que estuviera cubierta la operación por la entidad, la relación tendría naturaleza extracontractual.
- Sentencia del TS 546/2015 de 13 de octubre de 2015.

Clotilde sí tendría derecho a reclamar la indemnización del daño producido a la clínica, pero en el plazo de un año. La acción de Clotilde como mutualista contra la clínica concertada no nace de una relación contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la clínica con la Mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, no la obligación de no causar daños a terceros a consecuencia del desarrollo de la prestación del servicio. La acción de Clotilde tendría cabida en el artículo 1.902 del Código Civil, por lo que el plazo de prescripción sería de un año (previsto en el artículo 1.968.2 del Código Civil).

**Mafalda se pregunta si puede dejar redactado un documento en el que consten sus voluntades anticipadas para el caso en que no pueda decidir por ella misma. ¿Debe ser respetado en todo momento? ¿Puede cambiar de opinión? ¿Qué garantías de confidencialidad tiene dicho documento? ¿Ha de estar registrado en algún tipo de Registro?**

Es el documento por el que una persona mayor de edad, 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 o sobre el destino, una vez llegado el momento, de su cuerpo o sus órganos.

Es conveniente que el paciente hable con su médico y sus familiares o allegados para que conozcan sus preferencias al respecto.

Algunas Comunidades Autónomas han elegido una denominación, distinta: documento de voluntades anticipadas, manifestaciones anticipadas de voluntad, declaración de voluntad vital anticipada, voluntades previas y expresión anticipada de voluntades pero, independientemente de su denominación, todas se refieren a la misma circunstancia.

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, regula en su artículo 11 el documento de instrucciones previas al que define como aquel mediante el cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, para que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos.

Para que esto llegue a llevarse a cabo, es necesario que dicho documento de instrucciones previas sea conocido por los profesionales sanitarios que presten asistencia al paciente. Por ello, el artículo 11.2 establece que “cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona que deberán constar siempre por escrito. Y para asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas de los pacientes, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas. El documento de instrucciones previas deberá además incorporarse a la historia clínica del paciente.

El equipo sanitario consultará la declaración en aquellos casos en que la persona se encuentre en una situación que le impida expresar personalmente su voluntad. Mientras conserve su capacidad y posibilidad de expresarse, prevalecerá su voluntad sobre lo escrito en el documento.

El documento de instrucciones previas prevalece sobre la opinión de los familiares. No obstante, el otorgante puede designar a un familiar como representante. El representante será el interlocutor ante el médico responsable o el equipo sanitario, para ayudar a interpretar, en su caso, las instrucciones contenidas en el documento.

En cualquier momento puede sustituir, modificar o revocar sus instrucciones previas en cualquier registro autonómico, prevaleciendo siempre el último documento legalmente otorgado. Los datos del Registro Nacional tienen asegurada la confidencialidad y sólo pueden acceder a ellos, previa identificación, personas autorizadas por las autoridades sanitarias. El sistema garantiza la identificación de la persona destinataria de la información y la integridad de las comunicaciones. Además, las personas que, por razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro Nacional están sujetas al deber de guardar secreto.

**Mafalda acude al Hospital donde va a ser intervenida de juanetes. Sale del hospital donde ha permanecido ingresada durante dos meses con un pie amputado, debido a un tétanos postquirúrgico. ¿Sería aplicable la teoría del daño desproporcionado en la reclamación que pudiera interponer Mafalda?**

En ocasiones el daño derivado de un acto médico no se corresponde con el riesgo previsible o al menos esperable en el contexto de una complicación o es desproporcionado según las reglas de la experiencia y el sentido común. Se suele utilizar esta figura como un agravante a la hora de cuantificar los perjuicios derivados de un acto médico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 ene. 2003, rec. 1897/1997, declara lo siguiente: «La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816), 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427), 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8173) y 30 de enero de 2003 (RJ 2003\931), que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado

desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla “Anscheinsbeweis” (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la “faute virtuelle” (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.»

La doctrina del daño desproporcionado se inició con la Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 2.12.1996 (Ar. 8938). Según la misma: “No se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”. (Fundamento de Derecho Tercero).

El Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de la Sala 1ª, de 9.12.1998 cuyos argumentos reiteran las SSTs, 1ª, 29.6.1999 (Ar. 4895) –paciente sometida a colecistectomía fallece a consecuencia de parada cardiorespiratoria-, de 9.12.1999 paciente intervenida de cataratas sufre la evisceración de un ojo debido a una infección postquirúrgica- y la propia sentencia objeto de estudio, identifica con carácter general la doctrina de los daños desproporcionados con la regla res ipsa loquitur, la prueba prima facie y la culpa virtual. Se trata de una doctrina que, a diferencia de la obligación de medios ínsita en la praxis médica no satisfactoria, arbitra la presunción de culpabilidad en el resultado (objetivo) producido con independencia de la adecuación o no del desempeño profesional (nexo causal) a la lex artis ad hoc, siendo determinante, a estos efectos, la valoración objetiva sobre si el resultado (daño) producido (por su gravedad o su tipicidad) a consecuencia del acto médico era o no previsible “según las reglas de la experiencia y el sentido común” (Sentencia del Tribunal Supremo de 2-12-96). No obstante todo lo anterior, es al agente causal a quien le corresponde demostrar que actuó con la diligencia debida, aplicando los medios, modos o formas protocolizados para el acto médico concreto.

Según la línea jurisprudencial que fijó esta doctrina, la doctrina del daño desproporcionado comporta

una inversión de la carga de la prueba. La jurisprudencia más reciente, sin embargo, declara la necesidad de que el demandante pruebe la negligencia imputable al facultativo, prescindiendo de la objetivación de la culpa a que puede conducir la inversión de la carga de la prueba cuando se aprecia un daño desproporcionado.

El argumento que se utiliza en las demandas es relativamente fácil de compartir puesto que se trata de casos de pacientes afectados por graves secuelas que han aparecido sin que pudiera imaginarse esa circunstancia en atención a la situación médica anterior: un paciente que ha acudido a los servicios médicos con una patología menor resulta con resultados mucho más graves de los previstos y de los que era posible imaginar (curación de una uña que termina con la gangrena y la pérdida de una pierna). Sería posible establecer tres requisitos como los esenciales para justificar la aplicación del daño desproporcionado a cualquier tipo de reclamación:

- Existencia inicial de una patología menor.
- Actuación médica ordenada a la curación del paciente, que no tiene por qué ser inadecuada, errónea o deficiente.
- Resultado grave sobre la salud del paciente y que este resultado fuera razonablemente imprevisible según las reglas del conocimiento.

Sin embargo, la simple aplicación de estos criterios haría que se pudiera justificar un daño desproporcionado cada vez que se produzca un resultado grave o muy grave y, por lo tanto, es necesario matizar la jurisprudencia dictada sobre el daño desproporcionado para que no se convierta en una forma de indemnización generalizada de todos los daños muy relevantes que se pueden producir en los supuestos de la asistencia médica o sanitaria.

Como criterio general, no se puede aplicar la teoría del daño desproporcionado cuando simplemente se produzca la desproporción de resultados. Será necesario además, que no se acredite la causa directa del daño y por muy grave que sea la desproporción, no podrá accederse a la indemnización cuando no se haya acreditado una infracción de la *lex artis* que es el criterio general de determinación de la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria.

La doctrina del daño desproporcionado, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume ( Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril y 23 de mayo 2007). El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” “de la relación de causalidad y la presunción de culpa ( Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio 2009, 27 de diciembre 2011.), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico“, “sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia.

Los elementos configuradores de esta doctrina de resultados:

- Dimensión, elemento determinante para valorar la concurrencia o no de esta evaluación del proceder sanitario una vez es preciso que el daño se califique como “desproporcionado, enorme, anómalo, etc.” Y, obiter dicta, adquiere especial relevancia en cada caso determinar si esta calificación puede aportarse por máximas de experiencia (protocolos) o requiere un grado mayor de determinación técnica (pericial). En este sentido, no debemos confundir desproporción con la gravedad del resultado sino que es preciso destacar la imprevisibilidad del mal producido versus los riesgos típicos de la intervención.
- Titularidad, presunción de culpa del interviniente en su cualidad de agente titular del ejercicio del concreto acto sanitario.



- Nexo causal, la causa del hecho extraordinario debe unir (sin duda objetivable, culpa del actor o preexistencia de caso fortuito o fuerza mayor) el proceder del profesional actuante con el resultado producido.
- Tipicidad, el anómalo resultado producido no debe ser previsible por su entidad (dimensión) una vez analizados los riesgos típicos (los que previene la *lex artis ad hoc*) de la respectiva intervención e implica la valoración analógica de la culpa en el sentido del artículo 1104 CC., es decir, omisión de aquella negligencia que exija la naturaleza de la obligación, y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
- Prueba, (ex artículos 1902 y 1101 CC, y artículo 217 .1 LEC) es preciso probar la realidad del daño, su desproporción y su atipicidad para que opere la “presunción de culpa” precitada, circunstancia que no sólo corresponde al paciente sino que se puede derivar del resto de pruebas obrantes en autos, una vez la existencia de esta doctrina permite “minimizar” la carga probatoria ante la evidente (si es el caso) anomalía del resultado producido. Y no es este un aspecto circunstancial sino de todo punto prioritario pues el Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples ocasiones, y es doctrina consolidada, que en materia de responsabilidad civil médica no cabe el calificativo de “objetiva” siendo imprescindible probar la culpa, negligencia o “penuria negligente de los medios empleados”.

**La hermana de Mafalda fallece de un cáncer. Los médicos solicitan su consentimiento para poder practicarle una autopsia al cadáver. Mafalda se sorprende porque, según las películas, la autopsia únicamente se realiza en casos de crímenes. ¿Está en lo cierto?**

No, Mafalda está confundida. La autopsia no se realiza únicamente en casos de muertes violentas. Existen dos tipos de autopsias: las clínicas y las forenses. La finalidad del estudio es la que define los distintos tipos de autopsia. Así tendremos una autopsia que se realiza con fines exclusivamente científicos, que es la llamada autopsia clínica o anatomopatológica y una autopsia que se realiza por motivaciones

de orden social o legal, que es la autopsia judicial, forense o médico-legal.

La autopsia clínica es el examen de un cadáver, que incluye el de órganos y estructuras internas después de la disección, para precisar la causa de la muerte o el carácter de cambios patológicos. Entre sus finalidades encontramos:

- Determinar o corroborar la naturaleza de la enfermedad, así como su extensión.
- Investigación de la causa de la muerte y de los procesos contribuyentes.
- Estudio de los procesos secundarios o asociados y accesorios.
- Correlación de los signos y síntomas clínicos de la enfermedad con los hallazgos morfológicos terminales.

En España la autopsia se encuentra regulada en la Ley 29/1980 de 21 de junio y en el Real Decreto 2230/1982 de 18 de junio, que la desarrolla. Esta normativa establece que los pacientes fallecidos en hospitales autorizados que, por si mismos o a través de su cónyuge, de sus familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento, podrán ser sometidos a un estudio autopsico que garantice a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras. Se considerará que no existe dicha oposición cuando no conste en el libro de registro del hospital y tampoco se ha ya manifestado por el cónyuge o familiares en primer grado del difunto, dentro de las cuatro horas siguientes al momento en que se les entregue o, si no se encontrasen en el hospital, se ponga a su disposición la copia del certificado médico especial.

El informe de la autopsia remitido por el servicio de anatomía patológica al médico de cabecera o, en su caso, al jefe del servicio correspondiente, servirá para extender el certificado médico del fallecimiento.

Las autopsias se realizaran en aquellos lugares que reúnan las condiciones adecuadas, y los medios y personal idóneos. Se considerará que reúnen dichas condiciones los hospitales con servicios plenamente dotados de Anatomía Patológica, los que cuenten con una sala de autopsias adecuadamente dotada y con personal médico plenamente capacitado, y los centros regionales de patología adscritos a un hospital.

El resto de centros sanitarios, pueden concertar con los anteriores la realización de las autopsias.

Se han de poner todos los medios posibles para que tanto el proceso de autopsia como el traslado del cadáver no sean gravosos para la familia.

Para poder proceder a la realización de la autopsia, se necesita la previa constatación y comprobación de la muerte. Deberá extenderse un certificado médico especial, en el que conste el hecho de la muerte cierta.

La autopsia no debe realizarse en todas las muertes, sino únicamente en los siguientes supuestos:

- Muertes cuya causa no se conozca con razonable seguridad.
- Casos en los que la autopsia pueda aportar a la familia o al público general datos importantes.
- Muertes o esperadas o inexplicables tras procedimientos diagnósticos, terapéuticos, médicos o quirúrgicos.
- Muertes de pacientes que han participado en protocolos hospitalarios.
- Muertes aparentemente naturales o esperadas o inexplicables.
- Muertes obstétricas, perinatales y pediátricas.
- Muertes por enfermedad ambiental u ocupacional.
- Muertes de donantes de órganos en los que se sospeche alguna enfermedad que pueda repercutir en el receptor.
- Muertes ocurridas en las primeras 24 horas del ingreso en el hospital y/o en aquellas que pudieran estar influidas por su estancia hospitalaria.
- Cuando un estudio clínico completo no haya bastado para caracterizar de manera suficiente la enfermedad.
- Que un estudio clínico haya basado, pero exista interés científico en conocer aspectos de la morfología o de la extensión del proceso.
- Que un estudio clínico incompleto haga suponer la existencia de lesiones o demostradas que puedan tener interés social, familiar o científico.

- Comprobación del resultado del tratamiento médico o quirúrgico.

Por otro lado tenemos la autopsia forense, que es la realizada por razones médico-legales. La realizan los médicos especializados en Medicina Legal y Forense. Es solicitada por el juez ante cualquier muerte sospechosa de criminalidad y no puede ser rechazada por los familiares. Los objetivos de la autopsia forense se mueven en torno a una o varias de las siguientes finalidades:

- Establecer la identidad del cadáver.
- Determinar la hora de la muerte, o el periodo temporal en el cual puede haberse producido.
- Determinar la naturaleza de la muerte, así se trata de una muerte natural o violenta, y en su caso las características de violencia homicida, suicida o accidental de la muerte.
- Determinar la causa de la muerte, tanto la causa fundamental como la intermedia y la esencial.
- Describir toda patología secundaria que presente el cadáver, así se trate de lesiones producidas por violencia como de patologías naturales.
- Establece gran parte de las circunstancias de la muerte, poniendo en relación los hallazgos de la autopsia con los elementos encontrados en el lugar de los hechos y con los datos sumariales que aportan otras fuentes, como es el caso de la policía, testigos, etc.
- Aportar pruebas de tipo criminalístico a la investigación policial y judicial.

El artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que *“en los sumarios a que se refiere el artículo 340 (por muerte violenta o sospecha de criminalidad), aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver por los médicos forenses, o en su caso por los que el juez designe, los cuales, después de escribir exactamente dicha operación, informarán sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias”*.

Las autopsias médico-legales están reguladas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Reglamento Orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses y el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal.

**Mafalda se pregunta si ante una negligencia médica, podría demandar al facultativo en base a la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios.**

No, Mafalda no debería demandar por la vía de la normativa de consumidores y usuarios. Ante una negligencia médica, el criterio de imputación de responsabilidad del médico va a ser la adecuación o no de su actuación a la *lex artis ad hoc*.

Jurisprudencialmente se ha cerrado el camino al reconocimiento de indemnizaciones por aplicación de la legislación de consumidores y usuarios, y las reclamaciones se han de regir por la vía del derecho sanitario. El Tribunal Supremo ha dispuesto explícitamente que la Ley General de Consumidores y Usuarios no resulta aplicable en relación con los daños directamente imputables a actos médicos o del personal sanitario, sino que es una legislación que afecta los aspectos funcionales de los servicios sanitarios, esto es, a los aspectos organizativos o de prestación de dichos servicios, pero no sirve para fundar una responsabilidad derivada de concretos actos médicos o del personal sanitario.

De esta manera esta ley no debe ser de aplicación ante las reclamaciones formuladas contra los profesionales sanitarios, pero sí se puede aplicar contra los centros médicos si estos no consiguen demostrar que no ha existido ningún género de culpa o negligencia ni en la prestación de los servicios ni en materia organizativa de los mismos.

Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (*sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio 2009; 29 de octubre 2010*).

Sí que podría demandar alegando vulneración de la normativa de consumidores y usuarios, si por ejemplo ha tenido algún problema con la máquina que da las citas médicas, o en la cafetería del restaurante, etc... pero nunca por actos médicos.

**Mafalda se ha sometido a una intervención, tras la cual le han quedado algunas secuelas. Considera que ha existido mala**

**praxis por parte del equipo médico, y quiere demandar. En el momento de fijar la cuantía de la demanda, se pregunta cómo valorar los daños corporales y morales que ha sufrido a raíz de la operación. ¿Ha de basarse en el baremo de tráfico siempre?**

El actual baremo de tráfico, aplicable en el 2015 se encuentra recogido en la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El reconocimiento de la vinculación del baremo a los supuestos de tráfico se produjo a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 de 29 de junio. Argumenta el Tribunal Constitucional que la no aplicación del baremo de tráfico a otros daños que no sean los derivados de accidentes de circulación no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, puesto que existen motivos de sobra para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos a consecuencia de la circulación de vehículos a motor, lo que implícitamente excluye la posibilidad de aplicar analógicamente los baremos. El Tribunal apuntó las siguientes características diferenciales de este sector de actividad: su alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración y la tendencia a la unidad normativa en el marco de la Unión Europea. En casos de daños personales, cuando sea necesaria la determinación de indemnizaciones fuera del ámbito de tráfico, (por ejemplo en casos de responsabilidad civil o responsabilidad médica) ¿Será de aplicación este baremo? El Tribunal Supremo, haciendo suyos los argumentos del Tribunal Constitucional, justifica la inaplicación analógica de los baremos con base en la heterogeneidad entre el accidente de tráfico y los casos enjuiciados.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1997, la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, que tienen no sólo la facultad de valorar las pruebas, sino la obligación de hacerlo, sin que puedan abdicar esa facultad-carga, de modo que el

criterio orientativo sólo cabe cuando coincida con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en el juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata según el artículo 1.902 del Código Civil es de reparar el daño causado, lo que no puede fijarse apriorísticamente, sino en cada caso.

Pero existen sentencias que sí aplican el baremo, para evitar disparidades entre sentencias que fijen las consecuencias patrimoniales causadas por los daños corporales, siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 776/2013 de 16 de diciembre, en la cual se fija una indemnización debido a una secuela por mala praxis médica en una liposucción. También lo ha aplicado la Sentencia del Tribunal Supremo nº 403/2013 de 18 de junio por incremento de riesgo en un parto.

Pero el baremo no se aplicará de forma automática, el Tribunal Supremo ha admitido su aplicación en supuestos en los que existen daños que comporten derecho a indemnización, pero con una matización, y ésta es que no es preceptivo, sino que tiene carácter meramente orientativo (así lo ha hecho la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº 58/2006 de 10 de febrero).

A pesar de que el Tribunal Supremo consagra su carácter orientativo, y no preceptivo, existen numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que motivan la aplicación del baremo por analogía (por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, nº 230/2009 de 14 de abril, o la de Palencia, Sección Primera, nº 241/2011 de 30 de septiembre).

En mi opinión, sería aconsejable la regulación de un baremo de indemnizaciones específico para el ámbito sanitario, ya que la aplicación por analogía del baremo de accidentes de tráfico puede no ajustarse a las lesiones producidas en dicho ámbito. Este nuevo baremo tendría carácter vinculante a la hora de establecer las indemnizaciones, lo que proporcionaría mayor seguridad jurídica, tanto a los pacientes reclamantes como a los centros sanitarios.

Además de las lesiones corporales, considero que en dicho baremo que se apruebe, específico para casos de asistencia sanitaria, debería regularse el daño moral, definiendo con precisión dicho concepto, los factores que contribuyen a su determinación y la

manera de fijar la cantidad de indemnización para el mismo. Aunque por su naturaleza el daño moral no es “baremizable”, deberían establecerse unos mínimos y máximos, para evitar decisiones discrecionales que podrían ser lesivas para las partes en conflicto.

Las ventajas que supondrían poder contar con un baremo específico serían, entre otras, seguridad a la hora de interponer una reclamación o demanda por responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, seguridad a la hora de proponer la prueba, y seguridad para los jueces a la hora de dictar la sentencia.

**Mafalda, al dar a luz a uno de sus hijos, se pregunta si podría conservar sangre del cordón umbilical para su eventual uso en las futuras enfermedades de su hijo. Se pregunta si es esto posible, y si lo puede realizar en España.**

El uso de células madre (*stem cell* en inglés) ha supuesto un gran avance y numerosos beneficios terapéuticos. Este tipo de células tienen la capacidad de dividirse dando lugar a dos células hijas, una de las cuales tendrá las mismas propiedades que la célula original. Esto tiene diversas aplicaciones, ya que tienen la capacidad única de multiplicarse o convertirse en otro tipo de células. Concretamente las células madre del cordón umbilical pueden multiplicarse y convertirse en uno de los principales componentes de médula ósea, sangre y del sistema inmunológico. Tienen la capacidad de regenerar la médula ósea y el sistema inmunitario cuando se encuentra afectado por alguna enfermedad o tratamiento previo como la quimioterapia.

Hasta hace unos años, la sangre del cordón umbilical se desechaba al nacer, pero actualmente se le da gran importancia ya que pueden ser donadas a pacientes para el tratamiento de múltiples enfermedades. Como la cantidad de sangre recogida es reducida, el trasplante suele ser útil únicamente en niños o adultos con poco volumen corporal.

El primer trasplante de sangre del cordón umbilical tuvo lugar en Francia en 1988, en un niño con anemia de Fanconi, que recibió las células del cordón umbilical de su hermana.

Entre las ventajas de este tipo de trasplantes observamos:

- Inocuidad tanto para la madre como para el niño.
- La técnica de obtención es muy sencilla.
- Alto grado de compatibilidad (100% en el niño y 25% en sus hermanos).

Actualmente está indicado para pacientes con enfermedades congénitas o adquiridas de la médula ósea. La extracción se realiza antes del nacimiento del bebé y del alumbramiento de la placenta. La sangre del cordón se incluye en la categoría de muestras para diagnóstico. Existe un Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical, cuyo principio inspirador es la donación, que establece que el destino de las muestras es un banco público. A pesar de ello, los padres pueden decidir que en vez de donarla, quieren poder utilizarla ellos (uso autólogo), por lo que habrá de ser enviada a un banco privado extranjero (en Reino Unido, Alemania, Polonia, Estados Unidos...) ya que en España no existen los bancos privados. A pesar de que el Real Decreto 1301/2006 prevé la posibilidad de los bancos privados en España para un uso autólogo, actualmente no se ha otorgado ninguna autorización del Gobierno central o autonómico para ello.

En Madrid se aprobó el Decreto 28/2006 de 23 de marzo y la Orden 837/2006 de 6 de abril, que regulaban los depósitos y autorizaban los bancos privados. Pero el Ministerio de Sanidad solicitó su nulidad, que fue otorgada por el Tribunal Supremo.

Deberían reconocerse este tipo de bancos privados en España, puesto que la normativa ya los prevé, y además, tendrían apoyo en la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española.

¿Quién es el titular de la sangre del cordón? Como parte del cuerpo, se considera *res extra commercium*, es decir, que no puede ser objeto de comercio. En mi opinión, sería propiedad o del niño o de la madre.

Se espera que en el futuro aumente el número de aplicaciones de la sangre del cordón, gracias al desarrollo de ensayos clínicos para el tratamiento de enfermedades como la diabetes infantil, parálisis cerebral, esclerosis múltiple o enfermedad de Crohn.

**Mafalda acude a su médico de cabecera a una revisión rutinaria. El médico sospecha**

**que Mafalda está sufriendo violencia doméstica, y se pregunta qué está obligado a hacer. ¿Debe hacer constar esta circunstancia en la historia clínica? ¿Debe dar parte al Juzgado para que tome medidas?**

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 262 obliga al personal sanitario que tenga conocimiento de un caso de violencia de género a denunciarlo, al establecer que *“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante”*.

Además, el artículo 355 de la misma Ley establece de modo explícito la obligación de los profesionales de la medicina: *“Si el hecho criminal que motive la formación de una causa cualquiera consiste en lesiones, los médicos que asistieran al herido estarán obligados a dar parte de su estado”*.

Del mismo modo el Real Decreto 1030/2006 mediante el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, en su Anexo II y Anexo IV, recogen como una función del personal sanitario de Atención Primaria, Especializada y Urgencias la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en caso de violencia de género.

Esto plantea como serie de problemas, como por ejemplo, que la víctima no va a confiar en el facultativo si sabe que no va a existir confidencialidad, o que en la mayoría de ocasiones la intervención sanitaria se limita a rellenar el parte de lesiones y mandarlo al Juzgado de Guardia, sin prestar más ayuda a la víctima etc...

Cualquier profesional sanitario debe investigar la posibilidad de maltrato en toda mujer que acude a consulta y en su historia clínica no figure que se le haya preguntado. La coordinación entre todos los profesionales del ámbito sanitario (tanto en atención primaria, en atención especializada), con los servicios sociales y los cuerpos de seguridad y justicia es necesaria especialmente en el ámbito de la violencia de género.

En la Comunidad Valenciana se ha establecido un Protocolo de Actuación sobre la Violencia de Género, que facilite la detección, confirmación de casos

de violencia y su atención sanitaria de modo eficaz y homogéneo. La dificultad de la detección de casos hace necesaria la existencia de una herramienta que maximice la aplicación de los conocimientos existentes sobre la materia y evite omisiones importantes.

La violencia de género es un problema de salud pública, tanto por la magnitud de las lesiones producidas como por sus consecuencias a corto y largo plazo sobre la salud física y mental de las víctimas. Dado que la mayoría de las mujeres acuden al sistema sanitario en algún momento de su vida (embarazo, revisiones ginecológicas, cuidado hijos, cuidado personas mayores a su cargo, etc...), los servicios sanitarios pueden desempeñar un papel crucial en la detección precoz, que reduzca las consecuencias negativas en la salud de la mujer y prevenga la aparición de episodios de malos tratos. Para muchas víctimas de maltrato el personal sanitario es el principal o único punto de contacto con los servicios públicos que puede ofrecerles apoyo e información.

La Organización Mundial de la Salud considera que el personal sanitario desempeña un papel muy importante en la detección y prevención de la violencia de género. El profesional sanitario tiene la responsabilidad de mostrarse alerta ante los indicios de malos tratos y realizar una búsqueda activa, incluso cuando la mujer no haga referencia al maltrato que sufre, debiendo prestar más atención a las situaciones de mayor vulnerabilidad ante la violencia de género.

Habrá que registrar en la historia clínica la sospecha de malos tratos, puesto que puede servir como prueba en un proceso penal. Las principales razones para registrar los episodios de violencia doméstica en la historia clínica son las siguientes:

- **Asistenciales.** Es el fin principal. La recopilación de toda la información en un único lugar facilita la asistencia sanitaria. La existencia de malos tratos es una información que debe ser tenida en cuenta tanto al realizar diagnósticos como al pautar tratamientos.
- **Éticas.** Supone dejar de considerar el problema como algo privado y reconocerlo como un problema social.

En los casos de violencia de género, o sospecha de la misma, se debe dejar constancia de las lesiones físicas y el daño psicológico de la mujer, así como del relato de ésta. Si el profesional sospecha que existen malos tratos y la mujer no los reconoce,

deberá registrar sus sospechas apoyándolas con observaciones objetivas que muestren la inconsistencia de las explicaciones de la paciente con las lesiones que presenta.

El médico debería informar a la paciente del plan de actuación sanitaria y de las posibles consecuencias de las medidas que se vayan a tomar. Emitir el parte de lesiones, previamente habiendo valorado la seguridad de la mujer y habiendo tomado medidas de protección para la minimización del riesgo. Existe en nuestro país la obligación legal de poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de lesiones ante la constatación de malos tratos. Esta obligación se cumple mediante la notificación al Juzgado del Parte de Lesiones e Informe médico.

El personal sanitario debe comunicar la sospecha o conocimiento de la existencia de malos tratos, y éste se realizará independientemente de la existencia de lesiones físicas. Se deberá completar con letra legible y enviarlo al Juzgado de Guardia. Habitualmente los médicos no dedican mucho tiempo a estos casos, por una evidente falta de tiempo para ello. Es muy importante tener siempre en cuenta que la información que el profesional sanitario registre acerca de la sospecha de malos tratos tenga carácter confidencial.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan los profesionales sanitarios en este ámbito es el posible choque entre las obligaciones legales y los principios éticos que rigen sus actuaciones. Por ejemplo, cuando la propia paciente le manifiesta el deseo de no denunciar a su agresor. El médico ha de elegir entre cumplir con lo que la ley le obra y entre respetar la autonomía de la paciente, así como su derecho a la confidencialidad. En estos casos, la Ley establece y especifica los casos en que la salvaguarda de la confidencialidad no es una obligación absoluta, y debe revelarse el secreto médico, como en caso de sospecha de un delito y en caso de ser llamados a declarar en un proceso judicial. En este caso no está el médico amparado por el secreto profesional, pues así lo indican los artículos 2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen en relación con lo previsto en la Ley de Protección de Datos, al ser precepto expresamente regulado en disposición legal específica.

Como conclusión, toda intervención que se realice con una víctima de la violencia debe quedar registrada en la historia clínica de la misma. Esta historia

clínica puede servir como prueba en un eventual juicio. La información del hecho por parte del personal sanitario a las autoridades judiciales permite poner en marcha las medidas tendentes a la protección de la mujer y a evitar que el delito quede impune.

**Mafalda acude a una clínica privada a someterse a una intervención de aumento de pecho. Meses después, está muy disgustada porque el resultado no es como ella esperaba, ella quería unos pechos más grandes y firmes. Además, a pesar de que en el consentimiento informado que suscribió con carácter previo, ya se preveía, le han dejado unas cicatrices (apenas perceptibles) que a ella le parecen horribles. ¿Puede demandar a la clínica por no haber conseguido el resultado deseado con la operación de estética?**

La cirugía plástica tradicionalmente se ha considerado como una obligación de resultados, no de medios. Pero en los últimos años, el Tribunal Supremo ha ido cambiando su postura a la hora de distinguir entre tratamientos curativos o satisfactivos para determinar si la obligación del profesional médico es de medios o de resultados. Actualmente se comienza a afirmar, que la obligación del profesional médico siempre es de medios independientemente de si el tratamiento es necesario o voluntario. La única salvedad, es que el resultado se pacte o garantice, supuesto este en el que la obligación sí sería de resultados.

Al respecto y como viene diciendo el Tribunal Supremo, en la medicina, ya estemos hablando de un tratamiento curativo como de uno satisfactivo, los riesgos son los mismos, riesgos cuya producción el médico no puede controlar o prevenir, aunque se pongan todos los medios necesarios y se realice una técnica perfecta, y ello por el carácter no exacto de la ciencia médica.

A esto podemos añadir la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 27 de septiembre de 2010 que establece que : *“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo*

*a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre 2009). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la lex artis”.*

La actuación del médico se ha ajustado a la buena praxis desde el punto de vista clínico. La actual doctrina jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010 en relación con la cirugía estética, declaró que “la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquico y social, y no sólo físico”. No se trata de llevar la discusión al detalle subjetivo de la satisfacción estética de la actora, que puede estar a disgusto con el resultado obtenido en las intervenciones de sus mamas, sino de incidir en que la condena por vía de responsabilidad exige la acreditación de una mala praxis, lo que incluye la falta de consentimiento informado suficiente, o un resultado desproporcionado o con deficiencias constatables. Simplemente queda la personal, respetable y subjetiva apreciación de Mafalda sobre un resultado de la intervención en el que las cicatrices son inevitables,

consustanciales a toda operación, y no presentan un mal estado constatado. Además, no existe ni se ha alegado un modelo de pecho al que ajustar la operación.

La nueva jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha dado un giro de ciento ochenta grados a la responsabilidad sanitaria y los parámetros para juzgar la actuación de los profesionales sanitarios. La doctrina más reciente de esta jurisdicción, que juzga las reclamaciones por actuaciones en el ámbito de la sanidad privada, ha abandonado las teorías propias de la responsabilidad patrimonial para recuperar la estricta culpa propia de la vía civil.

En efecto, los magistrados de la Sala Civil del alto tribunal han dejado de aplicar la tradicional distinción entre medicina de medios y de resultado. Según esta última, el médico solía ser condenado si no lograba el resultado pactado con el paciente, y era aplicable a áreas como las vasectomías, medicina estética y odontología.

Otra de las teorías que esta jurisdicción abandona es la de aplicar la Ley de Consumidores y Usuarios al profesional y la doctrina del daño desproporcionado.

**Mafalda está interesada en clonarse a sí misma, y se pregunta si actualmente esto es posible y legal en España.**

La Ley 14/2007 de Investigación Biomédica permite la clonación humana con fines terapéuticos. Llevados de una demagogia tan burda como peligrosa, los legisladores prohíben que se utilicen los embriones con fines de investigación en un artículo de la ley, mientras que en el siguiente lo permiten. La única diferencia para prohibir o permitir una misma realidad en un caso o en otro estriba en la intención que se supone hubo al producir el embrión: No es posible fabricarlo con fines de investigación. Pero si se trata de un embrión “sobrante” de las técnicas de reproducción humana artificial (ese es el término que se utiliza), entonces sí puede utilizarse para investigación, incluso para clonación. Así, en su artículo 33.1 la ley dice: “*Se prohíbe la constitución de pre-embryones y embryones humanos exclusivamente con fines de experimentación.*” Y en el artículo siguiente se afirma, sin embargo: “*Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación,*

*que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear.*”

En 2005 la Asamblea de la ONU aprobó una declaración no vinculante. En ella se instaba a los países a prohibir cualquier forma de clonación humana «en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana». En Europa, la legislación existente es muy similar. Así, el Protocolo del Consejo de Europa -aprobado en 1998- prohíbe «cualquier intervención destinada a crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto». España ratificó este convenio que entró en vigor el 1 de marzo de 2001. Sin embargo, la firma de este tratado no impidió a España sumarse con la aprobación de la Ley de Investigación Biomédica en 2007 al reducido número de países que permiten la clonación terapéutica con células madre. En ese grupo se encuentran Reino Unido, Bélgica, Suecia, Japón, Israel, Australia o Corea del Sur. En cualquier caso, la normativa española prohíbe expresamente «la creación de embriones con fines de investigación»

La Ley de Investigación Biomédica convierte a España en el cuarto país europeo (tras el Reino Unido, Bélgica y Suecia) que autoriza la clonación terapéutica, o generación de células madre genéticamente idénticas a un paciente. Su objetivo es probar fármacos e investigar tratamientos para enfermedades ahora intratables. Fuera de Europa, la clonación terapéutica está también autorizada en Japón, Australia, Singapur, Israel y Corea del Sur. Deberán ser autorizadas por un Comité de Garantías para la Donación y Uso de Células y Tejidos Humanos, de carácter central, y por otro comité que designe la comunidad autónoma correspondiente.

En cuanto a la clonación reproductiva en el Derecho Comparado:

- En España está prohibida ya desde 1988 en la ley de reproducción asistida. Además, actualmente, está considerada como delito por el Código Penal y está prohibida por el Protocolo adicional al Convenio de derechos humanos y biomedicina que forma parte del derecho interno español.
- En Alemania, el artículo 6 de la “Embryonenschutzgesetz” (“Ley de Protección del Embrión”) prohíbe la creación artificial o incluso la tentativa de creación de un embrión humano con la misma



información genética que otro embrión, feto, ser humano o cadáver. Es igualmente punible transferir o intentar transferir este embrión al útero de una mujer.

- En Dinamarca, la Ley Nacional Danesa sobre fecundación artificial de 1997. La ley prohíbe que los médicos traten mujeres a través de clonación reproductiva. Además de esto, se prohíben las experiencias con clonación reproductiva.

- En Finlandia la Ley de Investigación Médica (1999) prohíbe la clonación reproductiva.

- En Francia, el proyecto de ley que puede ser aprobado en 2003 es muy estricto en este punto. Considera la clonación reproductiva (clonación con implantación en el útero de una mujer) como una infracción penal a la integridad de la raza humana y una práctica eugénica (artículo 21°). Francia y Alemania efectuaron exposiciones ante la ONU con vistas a introducir una prohibición internacional de la clonación reproductiva. Esto transformaría esta práctica en un delito dentro de un marco legal restrictivo idéntico al que penaliza la tortura.

- En Portugal, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, promulgada por el Parlamento en julio de 1999, prohibía la clonación y penalizaba su utilización. En El Reino Unido, la ley de Clonación Humana Reproductiva fue promulgada en diciembre de 2001. Esta ley penaliza la implantación de un embrión humano clonado en el útero de una mujer. Cualquier persona que intente este procedimiento será condenada a una pena de prisión de diez años. En la Unión Europea, la primera fue la Resolución del Parlamento Europeo (16 de marzo de 1989) estipulando que el castigo penal era la única reacción posible a la clonación humana. La Resolución de 11 de marzo de 1997 condenaba explícitamente la clonación y requería a los Estados miembros que adoptasen medidas con el fin de castigar penalmente todas las violaciones de la prohibición (la Resolución de 28 de octubre de 1993 ya había prohibido la clonación de embriones humanos).

La Declaración de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) prohíbe la clonación reproductiva de seres humanos en su artículo 3.

Además, el Protocolo Adicional a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano en lo que respecta a la Aplicación de la Biología y de la Medicina (Convención de Oviedo) prohíbe la clonación en su artículo 1. Otros textos internacionales que prohíben la clonación son: la Resolución de la 50ª Asamblea de Salud Mundial, de 14 de mayo de 1997 y la Declaración Universal del Genoma Humano y de los Derechos del Hombre, de 11 de noviembre de 1997 (artículo 11).

### **Mafalda ha oído hablar de la teoría de la pérdida de oportunidad en la prestación de la asistencia sanitaria, y se pregunta en qué consiste dicha figura.**

En su origen, esta teoría se aplicó simplemente como una regla probabilística aceptando la incertidumbre en el nexo causal frente a la exigencia de una relación causal cierta, directa e inmediata, que impedía la declaración de responsabilidad en los casos en que el nexo causal no se había demostrado de forma fehaciente. Se viene aplicando por los tribunales desde los años cincuenta en asuntos de responsabilidad civil profesional de abogado, y desde los años ochenta en responsabilidad civil médica. Se trata de un principio de origen judicial.

Hablamos de pérdida de oportunidad cuando nos referimos a los casos en que debido a la omisión de un diagnóstico, o de haber realizado un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo etc... Se priva al paciente de una posibilidad de curación. Entonces, el juez condenará al pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

En España la aplicación de esta doctrina se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud de cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño incierto o eventual, es decir, por la ventaja que ha sido frustrada. En otros países sí que se exige un juicio mínimo de verosimilitud para admitir la aplicación de la pérdida de oportunidad. Por lo general, un 50% en el derecho americano, y hasta un 80% en países como Inglaterra. En dichos países se admite la aplicación de la doctrina de la probabilidad estadística, bajo el criterio de “*more probable than not*”. Esta teoría determina que para aquellos casos en que resulta imposible

esperar certeza o exactitud material de relación de causalidad, el tribunal debe dictar sentencia desestimatoria cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad”, sobre todo cuando se trata de una alta probabilidad. Muy importante es la Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido en caso *Gregg V. Scott*, relativa al diagnóstico tardío de un linfoma no Hadgkin. La conclusión de la misma es que una pérdida de oportunidad inferior al 50% de probabilidad estadística no es susceptible de generar responsabilidad por ausencia del nexo causal.

En este sentido, destaca la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2009, en la que se declara literalmente que *“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación”*.

Y añade “[...] en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

La frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño en sí mismo, susceptible de ser indemnizado. El resultado de la pérdida de la oportunidad es futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se produciría un segundo daño. La pérdida de oportunidad aparece cuando es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma. Hay una cierta pérdida de alternativa de tratamiento, que se asemeja a un daño moral, y que constituye el concepto indemnizable. La pérdida en sí constituye un daño

antijurídico, que enlaza con la posibilidad de haber obtenido un resultado distinto y más favorable para la salud. Dicho daño no es el daño material correspondiente al hecho acontecido, sino la mera incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido otros parámetros de actuación el funcionamiento del servicio, es decir, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes se hubieran sucedido de otra manera.

Hay dos aspectos esenciales a valorar para demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno:

1º. Grado de Probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

2º. Grado o entidad del daño ocasionado.

Para que se proceda a la indemnización del daño, basta con cierta probabilidad de que la actuación médica hubiera podido evitar el daño. Se valora la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufre.

Para la valoración de la pérdida de oportunidad, se acude a la ciencia estadística que la cuantifique, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Como ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala 3ª de 14 octubre 2014: *“Según la jurisprudencia de esta Sala, la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación num. 5893/2006).”*

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sentencia de 31 enero 2013: *“constituye un daño moral indemnizable al privársele de determinadas expectativas de curación pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño*

*se hubiera producido igualmente de haber actuado diligentemente; es decir, que el daño indemnizable no es el resultado dañoso producido por la evolución de la dolencia, al ser imposible médicamente saber si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado.*

*Como dice la aseguradora en su escrito de contestación a la demanda, nos encontramos en el campo de las hipótesis en que sólo cabe indemnizar por un porcentaje del daño pues deberá valorarse en qué medida haber actuado desde el primer momento se hubiera variado el resultado dañoso que se reclama”.*

La relación de causalidad entre la actuación u omisión y el daño que se reclama normalmente exige acreditar que se perdió una oportunidad de curación, de mejora o, sobre todo, de elección al paciente. La pérdida de la oportunidad se ha relacionado tradicionalmente con la probabilidad de que una actuación distinta pudiera haber evitado el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, es necesario que esa probabilidad aparezca referida a una cifra estimativa que tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de esa (omisión en la prestación del servicio o de los medios técnicos necesarios o en la existencia de un diagnóstico tardío de su enfermedad), pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias ( Sentencia del Tribunal Supremo de 23 setiembre 2010, (recurso 863/2008); de 16 enero 2012 (recurso 6794/2009); de 7 noviembre 2011 (recurso 3879/2009)).

Esta figura se caracteriza por la incertidumbre sobre si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos de difícil concreción: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso; y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

No existe uniformidad acerca de si el juez tiene o no que calcular las posibilidades de éxito y en su caso fijar la indemnización. Así, la sentencia de 29 mayo 2003 (recurso 3082/97) se plantea directamente la pregunta de si el juez que conoce de la demanda de

responsabilidad tiene o no que realizar una “operación intelectual consistente en determinar, con criterios de pura verosimilitud o probabilidad, cuál habría sido el desenlace del asunto.

La relación de causalidad aparece íntimamente relacionada con el tipo de daño que se indemniza. En el daño moral se realiza una valoración discrecional de la compensación, mientras que en el daño patrimonial, se indemnizan los daños y perjuicios efectivamente sufridos.

En casos de pérdida de oportunidad, alguna sentencia ha reconocido la indemnización por todo el daño real y efectivo que se padece (como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6, de 25 de junio de 2010, recurso 5927/2007), utilizando el principio de reparación integral. Pero en la mayoría de los casos de indemniza solamente la pérdida de oportunidad de un resultado distinto (como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6 de 7 de julio de 2008 (recurso 4776/2004). El concepto de reparación integral no consiste en el reconocimiento de una indemnización por las secuelas que soporta el paciente, entre otras cosas porque la curación nunca está médicamente garantizada. No se debe indemnizar por las dolencias reales padecidas, sino tan solo por la mera posibilidad de que, de no haber sufrido la dilación, hubiera podido obtener un resultado más propicio y benigno, es decir, la privación de la ocasión.

La utilización extensiva y flexible de esta figura doctrinal y jurisprudencial está produciendo una objetivación de la responsabilidad profesional en el ámbito de la responsabilidad médica, al resultar indemnizables daños y perjuicios derivados de un acto culposo, negligente o antijurídico sin tener un grado suficiente de certeza sobre su influencia en ellos.

**Mafalda acude a su centro de salud porque no se encuentra bien, tiene mucha tos, fiebre, estornudos y dificultad respiratoria, sin ningún otro síntoma ni antecedente importante. En el centro le realizan unas pruebas y le diagnostican gripe, recetándole unos antibióticos, e indicándole que regresada si no mejoraba. A los 8 meses, Mafalda descubre que sufre cáncer de pulmón. Considera demandar al centro de salud por no haberle realizado todas las**

### **pruebas posibles ante su catarro para descartar el cáncer de pulmón.**

Ante la sintomatología descrita, el médico que atendió a Mafalda en el centro de salud actuó correctamente y conforme a la *lex artis*.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 679/2010, de 10 de diciembre, recordando otras del mismo Tribunal (19 de octubre de 2007): *“En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”*.

La realización de pruebas diagnósticas debe realizarse en función de criterios clínicos, pues entender lo contrario sería tanto como convertir la práctica médica en un aluvión de pruebas y estudios, por si acaso en alguno se detecta algo que a priori no se sospecha, dando lugar a lo que se ha denominado “medicina defensiva”, entendiendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2010 (recurso 731/2008), que dicha actuación médica mediante la “solicitud indiscriminada de batería de pruebas diagnósticas” ha de calificarse como “ineficiente e insensata”.

Para que un error diagnóstico pueda tener cabida en el ámbito jurídico, es necesario atender a su entidad y, en este sentido, el error de diagnóstico excusable, es decir, aquel que en atención a las circunstancias del caso concreto hubiera podido cometer cualquier otro facultativo en la misma situación que el interviniente, no puede generar responsabilidad alguna, sobre todo si se atiende a que la obligación de los profesionales sanitarios y del servicio sanitario en general es una obligación de medios y no de resultados.

El paciente no puede exigir (ni la medicina ofrecer) un resultado. A lo que el paciente tiene derecho es a que se le preste una atención sanitaria -también en fase de diagnóstico- adecuada a la *lex artis ad hoc*, en función de las circunstancias concurrentes y conocimientos científicos del momento. Quiere con ello decirse que incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal

circunstancia no cabe derivar automáticamente responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia, u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

No se puede cuestionar el diagnóstico inicial de un paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, y por ende, infringiendo la prohibición de regreso desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007). No es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error diagnóstico o la inadecuación del tratamiento sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, ya que dicha valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar.

Como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2012, nº 838/2012, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2013: *“De los informes obrantes en el expediente y prueba pericial practicada no se deduce que la asistencia cuestionada fuera incorrecta, inadecuada o negligente ante la sintomatología que presentaba el paciente, cuya exploración, diagnóstico y prescripción de tratamiento fueron los indicados a la misma. (...) sin que en el Centro de Salud se evidenciara síntoma alguno de infarto, lo que no exigía la práctica de más pruebas diagnósticas ante la concreta sintomatología del paciente, que no era sugestiva de cardiopatía isquémica, por ello no es imputable a la Administración la responsabilidad de que se trata porque la asistencia médica dispensada al paciente respondió a la sintomatología que presentaba.”*

Además, *No es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, ya que dicha valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar”* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. Valladolid, de 21 de septiembre de 2010).

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009: *“Y ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia*

sanitaria la lesión en que se haya producido una autentica infracción de la lex artis, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propias de cualquier actividad humana.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 1300/2010 de 15 de diciembre de 2010, establece que “Falta la relación causal directa inmediata y exclusiva entre la asistencia sanitaria y el fallecimiento producido, al ser la asistencia médica recibida conforme a la lex artis ad hoc que el caso requería (...), pues se le atendió conforme a los síntomas que presentaba no existiendo por tanto error de diagnóstico.

*Atendida la rapidez con que se producen los acontecimientos, apenas tres horas, como señala el perito judicial, muy probablemente el fallecimiento se hubiera producido de igual manera aunque hubiera llegado a un centro hospitalario”.*

*“No cabe apreciar la infracción de la lex artis ad hoc, en cuanto a la existencia de error de diagnóstico ante los síntomas que presentaba el paciente en urgencias y los medios diagnósticos disponibles en el Centro de Salud”.*

La Sentencia de la misma sala de 19 de febrero de 2009, nº 233/2009, recurso 473/2007, ha establecido que “En el ámbito de la sanidad curativa o asistencial la obligación que se impone a la Administración viene referida al empleo de todos los medios existentes para conseguir la curación del paciente, pues no nos hallamos ante una obligación propiamente de resultado, sino de medios, que se descompone en:

*1º) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica,*

*2º) la información al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico y*

*3º) el tratamiento hasta que el enfermo pueda ser dado de alta, con advertencia de los riesgos de su abandono.*

A lo que debe unirse el criterio de la lex artis como modo de determinar la actuación correcta del médico independientemente del resultado producido en la salud o vida del enfermo al no resultar posible a la Administración garantizar la sanidad o la salud del paciente.

Debe asumirse con carácter general que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de listas de espera, y en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso”.

Si no existen síntomas claros de una patología que permitan llevar al médico a su sospecha no puede reprocharse que su actuación sea contraria a la lex artis (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 julio 2010).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) número 148/2013 de 13 marzo dice que a pesar de que el diagnóstico efectuado por el facultativo de urgencias no fue el correcto, como señala la Jurisprudencia, no todo diagnóstico equivocado provoca necesariamente responsabilidad médica, pues solamente se incurre en responsabilidad cuando se trata de un diagnóstico equivocado, interviniendo manifiesta negligencia. Efectivamente en el presente caso y de la prueba practicada quedo acreditado que la patología real que presentaba el menor se encontraba en estado incipiente por lo que no era posible el diagnóstico, pero igualmente “que incluso la práctica de una prueba complementaria, no indicada en este caso por los protocolos, hubiera arrojado un resultado inespecífico”. Concluye la presente resolución y con respecto al enjuiciamiento del facultativo de urgencias que, no puede estimarse que en un estado inicial de la patología se infringiera la lex artis exigida al realizar indicación del tratamiento de unos síntomas inespecíficos.

**Mafalda se somete a una intervención de aumento de mamas en la clínica privada CORPORACIÓN CORPORAL. Allí le implantan las prótesis PIP. Le aseguran que duran mínimo 10 años. A los 3 meses dichas prótesis dejan de estar autorizadas por las autoridades españolas, y a los 5 meses se le rompen. ¿Qué puede reclamar Mafalda a la clínica?**

El 30 de marzo de 2010, la Agencia Francesa de Medicamentos y Productos Sanitarios, a través del Sistema de Vigilancia de Productos Sanitarios, declaró la suspensión de la puesta en el mercado, distribución, exportación y utilización de las prótesis mamarias de gel de silicona Poly Implant, fabricadas por la empresa francesa Poly Implant Prothèse.

Las prótesis PIP, implantes mamarios de silicona que han causado muchos problemas a pacientes de toda Europa. Hasta ahora Francia, Alemania, República Checa, Holanda y Bélgica han recomendado que todas las portadoras de los implantes PIP se los extraigan.

Es un caso de producto defectuoso, siendo aplicable el régimen de responsabilidad por daños generados por tales productos: Directiva 85/374/CEE y T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, artículos 135 y siguientes). El especial régimen jurídico de los daños por productos defectuosos ya fue aplicado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de diciembre de 2010, en un caso en el que discutía sobre el carácter defectuoso de unas concretas prótesis de aceite de soja, entendiéndose que “la inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos de relleno de las prótesis, revela un defecto del producto determinante de responsabilidad por los daños producidos”. Los implantes mamarios entran dentro de la calificación de productos sanitarios y quedan sometidos a la Directiva europea 93/42/CEE, de 14 de junio, relativa a los productos sanitarios, y a las normas internas de transposición de la misma, en España el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, que ha sustituido a otro de 1996. ¿Sería responsable la clínica? Existen pronunciamientos contradictorios en nuestras Audiencias Provinciales. Según la Audiencia Provincial de Valencia no puede culparse por producto defectuoso al sujeto que lo utilizó en la intervención, sin conocer su defecto y en un momento en que estaba aceptado su uso en nuestro estado, señalando que la única

“excepción” es la prevista en el artículo 146 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al establecer que “El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor”. Aspecto que no era posible en este caso por cuanto, precisamente, se demandaba por el uso de una prótesis de la firma PIP. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 23 de junio de 2014 coincide en negar la legitimidad pasiva de la clínica en la que se realizó la intervención.

Sin embargo, esta postura no es pacífica por cuanto la propia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en otra sentencia de 2014 (18 de diciembre de 2014) sí consideró que existía responsabilidad de los profesionales que intervinieron con prótesis defectuosas porque “el uso por la clínica en sus clientes de prótesis finalmente defectuosas la hacen responsable ante aquellos de las consecuencias que derivan porque la clínica lo es por el uso mismo de los productos, sin perjuicio de las responsabilidades del productor y de la exigencia de las mismas por parte de la comercializadora que no es razonable en este ámbito de especial protección, trasladar al usuario. Así lo requiere la protección de la salud y seguridad de los consumidores en relación al deber que tienen estos empresarios de la salud de garantizar aquella y ofrecer una respuesta en los términos del artículo 13-f) de la Ley de Consumidores” refiriéndose a una consideración genérica del referido artículo 13.f) del TRLGDCU, que consideramos acertada al observar la imposibilidad de las personas afectadas de acudir contra el fabricante.

En mi opinión, Mafalda podría demandar por el daño ocasionado a la clínica Corporación Corporal, puesto que ha incurrido en una responsabilidad de carácter objetivo por el correcto o incorrecto uso de los servicios, cuando éstos incluyen (como es el caso) niveles de garantía determinados de eficacia o seguridad y supongan controles de calidad hasta llegar en las condiciones debidas al usuario. Estos niveles de calidad se presuponen para el caso de servicios sanitarios, así que producido y comprobado el daño, se dan las circunstancias que determinan la responsabilidad del centro. Mafalda es consumidora, ha utilizado unos servicios sanitarios, y la producción de un daño genera una responsabilidad.

**Uno de los hijos de Mafalda sufre una anemia rara. Los médicos le han dicho que una posibilidad de tratamiento sería mediante transfusión de células del cordón umbilical de un hermano suyo nacido mediante fecundación *in vitro*, seleccionado para ser genéticamente compatible con él. A Mafalda se le plantea la duda de si eso es legalmente e éticamente posible, ya que, con todos los hijos que tiene, no querían tener ninguno más, y le parece una forma de instrumentalizar la vida de un ser humano para salvar la de otro.**

Lo que pretende Mafalda es la aplicación de una técnica de diagnóstico preimplantacional. Se trata de una alternativa amparada legalmente por la Ley de Reproducción Asistida del 2006, que presenta claras ventajas frente a otras técnicas de diagnóstico prenatal, pero ni su eficiencia es del 100%, ni está exenta de riesgos, ni es barata, ni está exenta de dilemas éticos. Su utilización para aplicaciones que no tienen que ver con la salud del embrión sino con la utilización de sus células como tratamiento biológico para otros, plantea dilemas relacionados con considerar a los descendientes como meras herramientas para resolver problemas de otros.

Es un procedimiento cuyo objetivo es conseguir DNA de un embrión en el período del desarrollo más temprano posible, para de analizar su genotipo en relación con determinados genes, cromosomas, etc...

El procedimiento médico a seguir sería el siguiente:

- Obtención de óvulos y espermatozoides.
- Fecundación *in vitro*, bajo el microscopio.
- Incubación en el laboratorio durante las primeras horas
- Biopsia de una célula de las 8 que forman el embrión (a las 48 horas tras la fecundación).
- Análisis en el laboratorio del DNA de la célula obtenida. Generalmente se aplican técnicas que permiten detectar alteraciones en el número de cromosomas o presencia de alelo mutados. Mientras, los embriones se mantienen en cultivo en el laboratorio.
- Tras el resultado, los embriones sin alteraciones

genéticas en los genes o cromosomas analizados, se implantan en el óvulo de la madre, hasta la finalización del embarazo. Los seleccionados en contra, se congelan y se mantienen en este estado hasta su uso posterior en investigación o hasta su destrucción.

La cuestión se encuentra regulada en el artículo 12 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Solo se podrá realizar en los centros debidamente autorizados. Establece que se permite la práctica de técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

- La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.
- La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Esta Comisión, que ha de informar cada caso, es un órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. Está compuesta por representantes designados por el Gobierno, las comunidades autónomas, las sociedades científicas y las entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

Desde el punto de vista de la bioética, esta cuestión presenta varios problemas. Como por ejemplo el peligro de instrumentalización del cuerpo humano. La donación de órganos es una muestra de altruismo, porque se entrega una parte física de una persona a otro, pero está regida por los principios de voluntariedad, gratuidad y anonimato, con una finalidad terapéutica e instrumentalizada a través de un organismo público. ¿Cómo podría el bebé recién nacido manifestar su voluntad de donar?

Algunos de los argumentos en contra del uso de este tipo de técnicas son los siguientes:

- El bebé creado en el laboratorio no puede manifestar su voluntad para donar.
- La técnica no es ética porque se realiza una discriminación de embriones.
- Todavía no se ha podido probar que no se produce ningún daño en el embrión.
- Posibles problemas psicológicos del hermano.
- Posibles problemas para la salud de la madre debido a la estimulación ovárica.
- Baja eficacia de la técnica.
- Se usa al bebé como un medio.
- Atenta contra la diversidad genética.

**Mafalda es intervenida de amigdalectomía, intervención por la que se extirpan las amígdalas, que se realiza sin ingreso hospitalario y con anestesia local. Después de pasar por el Hospital, descubre que ha contraído una infección nosocomial que le ha provocado una grave neumonía, lo que la ha obligado a permanecer ingresada en el hospital por tres semanas. ¿Tiene derecho a interponer algún tipo de reclamación?**

El medio hospitalario es un ambiente propicio para que los pacientes contraigan algún tipo de infección durante su ingreso.

En los centros sanitarios existe riesgo de transmisión de enfermedades infecto-contagiosas del personal sanitario por exposición accidental, del personal sanitario a los pacientes, y del paciente por infección nosocomial.

Según el Estudio de Prevalencia de las Infecciones Nosocomiales nº21 de la Sociedad Española de Medicina Preventiva, el 6,7% de pacientes que ingresan en un centro hospitalario en España contraen alguna infección nosocomial. Según el Ministerio de Sanidad, el 65% de las mismas se adquieren en el quirófano, siendo las vías de riesgo más comunes las

sondas urinarias, las prácticas quirúrgicas y el uso de respiradores.

Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional no admiten que la infección nosocomial sea considerada como un hecho inevitable ya que los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de cuyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o por razones atípicas dejan de funcionar, los riesgos han de ser asumidos por el servicio sanitario.

El Tribunal Supremo califica este daño como antijurídico, es decir, que la víctima no tiene el deber de soportarlo (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y de 18 de marzo de 2004). No se encuadran en la fuerza mayor, ya que la presencia de gérmenes en el establecimiento sanitario y su entrada en el cuerpo no pueden considerarse un acontecimiento extraño al funcionamiento del servicio. La carga de la prueba de la fuerza mayor la tendría en estos casos la Administración.

Además, de acuerdo con el principio de facilidad probatoria, sería la propia Administración la que debería dar una explicación razonable sobre las medidas adoptadas para prevenir infecciones. Ha de ser la Administración la que demuestre la sujeción de la actuación de sus facultativos a la *lex artis* mediante la aplicación de la profilaxis antibiótica según el tipo de asistencia sanitaria que se le presta al paciente. Esto sería fácilmente demostrable si se comprueba que hay unos procesos de check in antes de las intervenciones, se aportan hojas de desinfección de los quirófanos, se acredita la formación de todo el personal etc...

Habría que formar a todo el personal sanitario para que lograr una cultura de comportamiento universal, y que se redujeran o desaparecieran los riesgos de infección de los ingresos hospitalarios.

**El médico le receta a Mafalda un nuevo fármaco para el dolor de cabeza. En el prospecto aparece que es “de especial vigilancia”. Mafalda a los tres días le comunica al doctor que se siente muy mal,**



**con vómitos, mareos, erupciones cutáneas, pérdida de visión y de movilidad en las piernas. El médico no hace absolutamente nada. ¿Es correcto su comportamiento?**

El Real Decreto 577/2013 de 26 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano nos ofrece las siguientes definiciones:

- **Reacción adversa:** Cualquier respuesta nociva y no intencionada a un medicamento.
- **Reacción adversa grave:** Cualquier reacción adversa que ocasione la muerte, pueda poner en peligro la vida, exija la hospitalización del paciente o la prolongación de la hospitalización ya existente, ocasione una discapacidad o invalidez significativa o persistente, o constituya una anomalía congénita o defecto de nacimiento. A efectos de su notificación, se tratarán también como graves aquellas sospechas de reacción adversa que se consideren importantes desde el punto de vista médico, aunque no cumplan los criterios anteriores, como las que ponen en riesgo al paciente o requieren una intervención para prevenir alguno de los desenlaces anteriores y todas las sospechas de transmisión de un agente infeccioso a través de un medicamento.
- **Reacción adversa inesperada:** Cualquier reacción adversa cuya naturaleza, gravedad o consecuencias no sean coherentes con la información descrita en la ficha técnica del medicamento.

La farmacovigilancia es la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los medicamentos. Las fuentes de información de la farmacovigilancia están enumeradas de manera no taxativa en el artículo 3 del Real Decreto:

- a)** Resultados de estudios aportados por solicitantes o titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos, o por investigadores independientes, ya sean estudios de calidad, preclínicos (farmacológicos y toxicológicos), estudios previos a la autorización, estudios posautorización, o meta-análisis.
- b)** Casos individuales de sospechas de reacciones adversas recogidos en Programas de Notificación Espontánea.

**c)** Bases de datos sanitarias informatizadas.

**d)** Registros de pacientes seleccionados en función de patologías o de tratamientos farmacológicos y cualquier otro tipo de recogida sistemática de información sobre aspectos de seguridad de los medicamentos.

**e)** Datos relacionados con la fabricación, conservación, venta, distribución, dispensación, prescripción y uso de los medicamentos, incluyendo los estudios de utilización de medicamentos.

**f)** Datos relativos al uso incorrecto y abuso de los medicamentos, errores de medicación, o la exposición ocupacional, que sean relevantes para la evaluación de los beneficios y riesgos de los medicamentos.

**g)** Publicaciones científicas de casos, series de casos, estudios farmacológicos y toxicológicos, ensayos clínicos, estudios farmacoepidemiológicos y meta-análisis.

**h)** Informaciones procedentes de otras autoridades sanitarias y organismos sanitarios internacionales.

**i)** Cualquier otra fuente de información que pueda aportar datos sobre los riesgos asociados al uso de los medicamentos.

La comunicación de sospechas de reacciones adversas las realizan mayormente los profesionales sanitarios, aunque también se permite que las realicen los ciudadanos. Los facultativos están legalmente obligados a comunicar cualquier sospecha, en cambio los ciudadanos tienen un derecho a comunicarlas.

El artículo 53 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios establece las obligaciones de declarar los efectos adversos para:

- Los profesionales sanitarios, que deberán comunicar con celeridad a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia de cada CCAA las sospechas de reacciones adversas que pudieran haber sido causadas por medicamentos.
- Los titulares de la autorización también deben poner en conocimiento de las autoridades sanitarias las sospechas de reacciones adversas.

Además, como es el caso, existen medicamentos que una vez comercializados se someten a un seguimiento especial, principalmente los medicamentos que contienen nuevos principios activos, y medicamentos biológicos. La Agencia Europea del Medicamento publica una lista con este tipo de medicamentos.

Si el médico o la propia Mafalda hubieran comunicado los efectos adversos del nuevo medicamento, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podría suspender temporalmente o revocar definitivamente la autorización, puesto que supondría un riesgo no admisible para la salud de las personas.

**A Mafalda tienen que operarla de un quiste en el dedo. Le dan cita para la cirugía menor dentro de 10 meses, incluyéndola en la lista de espera, algo que Mafalda considera inadmisibles, y se pregunta si puede reclamar por ello responsabilidad a la Administración.**

Las listas de espera constituyen un agente regulador de la demanda de las prestaciones sanitarias. Sin embargo, los tiempos excesivamente prolongados, tanto en lo que se refiere a los procedimientos diagnósticos como terapéuticos, pueden comprometer el derecho a la protección de la Salud establecido en el artículo 43 de la Constitución Española y al derecho a la igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias

Considerar con carácter general que el Sistema de Asistencia Sanitaria Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, por lo que en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, siendo posible, por tanto, que por vía de responsabilidad patrimonial pueda verse resarcido el particular de un perjuicio padecido si ha existido un retraso injustificado en la asistencia que debía ofrecérselo o que dicha espera no pueda considerarse razonable.

Las listas de espera constituyen algo en sí mismo indeseable, pero ello no significa que su mera existencia implique necesariamente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del servicio público sanitario. Los poderes públicos

tienen el mandato constitucional de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (como establece el artículo 43 de la Constitución). Pero a pesar de que uno de los objetivos de su actuación en este ámbito sea el de luchar contra las listas de espera, la escasez de medios u otras circunstancias coyunturales demuestran que aquéllas son una realidad. Sostener que el paciente tiene en todos los casos derecho a la inmediatez, por ejemplo, en lo que a la intervención quirúrgica se refiere, significaría abrir sin límites la posibilidad de que cualquier asegurado de la sanidad pública pudiera acudir, en caso de no cumplirse dicha inmediatez, a la sanidad privada, pudiendo repercutir sobre los presupuestos públicos su coste (a través del instituto de la responsabilidad) además de los eventuales daños y perjuicios que ello pudiera haberle ocasionado.

El mero hecho de incluir a un paciente en la lista de espera no determina por sí solo la percepción de una indemnización por el mismo, sino que habría que entrar a valorar en cada caso las circunstancias del lugar y tiempo en que se preste la asistencia sanitaria.

Cuando se produce una lista de espera asumible y se retrasa una determinada asistencia por un determinado período de tiempo que no se considera excesivo ni desproporcionado y se encuadra al paciente dentro del grupo de espera más adecuado en atención a la naturaleza de su patología, nos encontramos ante una prestación asistencial que produce un daño que no es antijurídico, pues dicho retraso en la prestación de la asistencia debe ser soportado por el paciente. Cuestión distinta sería la de que se pudiese exigir una asistencia inmediata para todas las dolencias y tratamientos que se pueden presentar, lo cual no resulta asumible ni desde el punto de vista organizativo ni desde el punto de vista de la aplicación de la *lex artis*, pues los recursos y medios del sistema nacional de salud son limitados.

Siendo deseable dicha inmediatez en el tratamiento y reiterando el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos desde la perspectiva del derecho a la protección de la salud, nuestro ordenamiento jurídico no contempla un sistema que implique en todos los casos la referida inmediatez en la sanidad pública. Hay que analizar las circunstancias concurrentes, en particular las dolencias del paciente, previsible tardanza en el tratamiento y demás circunstancias que puedan arrojar luz sobre lo que cabría considerar un retraso razonablemente admisible. De esta manera, la tardanza que entre dentro de los

estándares existentes y que no implique una ruptura con la razonabilidad de la espera, debe ser soportada por el paciente, pues en tales casos no cabrá considerar el retraso como un daño individualizado, sino como una carga que todos los asegurados en la sanidad pública tienen el deber jurídico de soportar.

Si como consecuencia de la estancia en la lista de espera, se produjese una evolución patológica negativa del paciente, o el mismo no fuera incluido en el grupo que le correspondiese por tal circunstancia, o se produjese una denegación de la asistencia sanitaria, evidentemente, la posibilidad de obtención de una indemnización por esta circunstancia aumentaría de forma considerable.

En el caso que nos ocupa, la dolencia de Mafalda no es grave, se trata simplemente de un quiste de grasa en el dedo. El hecho de que esté en lista de espera para dicha intervención no le provoca ningún daño, no le hace empeorar de su quiste, por tanto no existe antijuridicidad y no procedería en ningún caso indemnización. Además de que el periodo de tiempo de 5 meses para este tipo de intervención se considera razonable y dentro de los límites de la normalidad y proporcionalidad.

**Mafalda interpone reclamación de responsabilidad patrimonial el 1 de diciembre de 2015 contra la Administración debido a que tras someterse a una operación quirúrgica el 1 de enero de 2012 en el Hospital de Denia, le queda como secuela una disminución en la movilidad de la mano del 5% (según el informe médico de alta del 3 de enero de 2012). Mafalda considera que se ha incumplido la *lex artis* y que la asistencia sanitaria prestada no fue correcta. Dicha disminución es completamente recuperable mediante rehabilitación. Acudiendo a rehabilitación una vez cada dos meses, el 1 de noviembre de 2014 el fisioterapeuta le dice que no tiene que ir más, que ya ha recuperado totalmente la movilidad. ¿Ha actuado Mafalda correctamente y dentro de plazo?**

Mafalda tiene derecho a reclamar una indemnización por los daños producidos por la asistencia sanitaria mediante la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración

Publica (el Hospital en el que la atendieron es público), y posteriormente si no se la estiman, podría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero para la interposición de dicha reclamación hay que tener en cuenta en plazo que la ley otorga.

Según el artículo 142.5 de la Ley 30/1992: *“En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

La fijación de un plazo para exigir la responsabilidad de la Administración es un principio de seguridad jurídica, de manera que el ordenamiento jurídico, fundamentado en este principio, considera extinguida la acción cuando su titular no haya manifestado la voluntad de ejercitarla durante este plazo.

Para que se produzca la prescripción como causa extintiva de responsabilidad es necesario que concurren los dos presupuestos en los que se basa esta figura: la inactividad en el ejercicio del derecho y el transcurso del tiempo.

El problema que con mayor frecuencia se plantea es el del comienzo del plazo para reclamar (dies a quo), y que la jurisprudencia interpreta mediante la aplicación de la teoría de la “*actio nata*”, es decir, que el plazo comienza a contar desde el momento en que el sujeto tiene la posibilidad de ejercitar la acción.

Es necesario distinguir entre los daños permanentes y los daños continuados. Existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible. En estos casos entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la “*actio nata*” desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, ya que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y es por tanto, cuantificable.

En el caso de Mafalda, son importantes las siguientes fechas:

- 1-1-2012. Intervención.
- 3-1-2012. Informe de alta. Determinación de la secuela.

- 1-11-2014. Curada ya por el fisioterapeuta.
- 1-12-2015. Interposición de la reclamación administrativa.

La previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la “*actio nata*”, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello empieza a computarse desde el momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. Pero no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 17 de noviembre de 2010 y 1 de junio de 2011, recurso 901/2009 y 554/2007 respectivamente, en las que recordando la de 9 de abril de 2007, recurso 149/2003) ha consagrado la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos.

Los tratamientos paliativos posteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Para determinar la fecha de inicio del plazo anual ha de estarse al informe médico en que se declare la finalización de las posibilidades terapéuticas curativas o se determine el alcance y consolidación de las secuelas, aun cuando continúe el tratamiento de modo paliativo o la rehabilitación para mejorar la calidad de vida o evitar complicaciones en la salud de los pacientes, puesto que la asistencia sanitaria, en estos casos, no modifica las secuelas que están

estabilizadas previamente. Así se pronuncia el Tribunal Supremo, Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia de 24 de febrero de 2009, cuando señala que “Si debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española”.

En aquellos casos en que existe una declaración de incapacidad, dictada por la Seguridad Social, la jurisprudencia establece como fecha de inicio del plazo para reclamar la fecha de dicha declaración, porque en ese momento se produce la determinación del alcance concreto de las secuelas.

Mafalda tenía la determinación y alcance de sus secuelas en el momento que abandona el Hospital, puesto que estaban plasmadas y diagnosticadas en el informe de alta de fecha 3-1-2012. Dicho día sería el día a quo para empezar a contar el año. Por tanto, su reclamación interpuesta el 1-12-2015 excede con mucho dicho plazo, por lo que la Administración Pública debería desestimarla por extemporánea y no se le reconocería derecho a indemnización.

**Mafalda se entera de que gran parte de su historia clínica en el Hospital ha sido extraviada. ¿Es suficiente para apreciar responsabilidad patrimonial? ¿Podría Mafalda demandar por ello? ¿Supone algún daño?**

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, define la historia clínica en su art 14 como “el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales

que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro”.

Una de las definiciones más completas de Historia Clínica es la que ofrece Antonia Villegas Oliva y Juan F. Pérez-Gálvez: la Historia Clínica es el expediente sanitario de carácter confidencial, especial protección legal y accesible, completo, ordenado, secuencial, actualizado, inteligible, respetuoso, veraz, único, integrado, cuya propiedad o titularidad corresponde al centro o al profesional, en soporte papel, audiovisual o informático, archivado, custodiado, cuyo uso y tiempo durante el que debe ser conservado se determinará reglamentariamente, que contiene todos los documentos y actuaciones relativos al proceso asistencial del enfermo, en el que quedarán identificados los profesionales que hubieran intervenido, reflejo de la calidad de la atención que se le presta y de todos los conocimientos, medios y actuaciones que se ponen a su disposición y cuya finalidad principal es facilitar la asistencia del ciudadano, recogiendo toda la información clínica necesaria para asegurar, bajo un criterio sanitario, el conocimiento de su estado de salud y su continuidad a lo largo del tiempo.

La administración sanitaria la encargada de la elaboración de la historia clínica, de regular su composición y de custodiarla. La historia clínica es el documento que permite la explicación de las decisiones clínicas, y si la misma desaparece, será entonces la administración quien deba acreditar el origen del daño que se produjo, para, una vez determinado, dilucidar si el mismo era evitable y antijurídico o no.

El Tribunal Supremo (Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 190/2013 de 8 de enero del 2013) determina que la pérdida de parte de la historia clínica supone una importancia capital, siempre que no se trate de una pérdida insustancial, de documentos de escasa relevancia médica, sino de documentos absolutamente esenciales para poder verificar la corrección de la asistencia prestada. Esta pérdida, por sí sola ya entraña una infracción de la *lex artis*. Existe un grave incumplimiento legal y reglamentario del que no cabe decir que el mismo es irrelevante.

A juicio del Tribunal Supremo, la pérdida de documentos esenciales en la historia clínica debe suponer una inversión de la carga de la prueba, a modo de una lectura finalista del art. 217 LEC que impone al tribunal tener siempre presente la “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una

de las partes del litigio” cuando procede a valorar la carga de la prueba. Se llega a esta conclusión porque la única garantía de defensa de que dispone todo paciente es la historia clínica, su indemnidad y su inalterabilidad, legalmente proclamadas. Si la administración incumple este deber, resulta absolutamente desproporcionado seguir exigiendo la prueba de los hechos en virtud de los cuales se reclama los administrados, ello supone, en mayor o menor medida una suerte de *probatio diabólica*, además de un acicate evidente para que esa misma administración no custodie en debida forma esa documentación.

Como norma general, en el procedimiento Contencioso administrativo y siguiendo el tradicional principio probatorio de los artículos 1214 del Código Civil y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de probar que el funcionamiento irregular del servicio ha provocado un daño antijurídico le corresponde a aquella persona que alega hechos que configuran su pretensión y reclama su cumplimiento. Pero en la práctica judicial en virtud del principio de facilidad probatoria, cada vez son más los supuestos en los que se invierte la carga de la prueba, exonerando de dicho deber a la parte actora, siendo la administración y el profesional sanitario a quienes le compete aportar al proceso todos aquellos medios probatorios que le permitan acreditar la ausencia de responsabilidad en la producción del daño. Y esto es así, porque el probar cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad administrativa, entrañan una gran dificultad para el paciente-demandante, ya que son los entes sanitarios y el personal médico los que conservan toda la documentación relativa a la historia clínica.

Por ello, como respuesta a esa dificultad probatoria a la que se enfrenta el demandante-paciente, en desventaja frente a la Administración, nuestra jurisprudencia ha venido recogiendo tres situaciones del ámbito sanitario en que se tiende a la inversión de la carga de la prueba: infecciones hospitalarias, el daño desproporcionado y la pérdida o deficiencias en la historia clínica. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo se la sala de lo contencioso-administrativo de fecha 9 de octubre de 2012.

La inversión de la carga de la prueba por la falta o deficiencias en la historia clínica deriva del principio de facilidad probatoria, y del deber de custodia del art 17 de la Ley 41/2002. La falta de custodia o pérdida de la historia clínica provoca que al médico le resulte muy difícil probar sus afirmaciones y su actuación conforme a las reglas de la *lex artis*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, condenó a un profesional sanitario por carecer de Historia Clínica del paciente. Dicha sentencia afirma que no sólo es mucho más dificultosa la prueba, sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario.

Existe una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, condena al SESCAM a indemnizar con 40.000 € a los demandantes por la omisión de un médico de primaria de recoger en la Historia Clínica los síntomas con los que acudió el paciente al centro sanitarios. Constituye una clara negligencia sanitaria, se invierte la carga de la prueba trasladándose a la Administración la obligación de probar los hechos. El fallo de la sentencia destaca que la condena no se debe a una mala práctica médica (que estrictamente no ha quedado probada) sino la pérdida de una oportunidad de tratamiento.

**La hija de 1 año de Mafalda sufre una enfermedad muy grave, sin posibilidades de curación, que la han llevado a urgencias cada semana desde el momento de su nacimiento. Los médicos le han dicho que su enfermedad es irreversible, no hay posibilidades de curación y conforme vayan pasando empeorarán los síntomas y su calidad de vida, obligándola a vivir pegada a un Hospital de por vida. Mafalda y su marido deciden suscribir una orden de no reanimación para que no le realicen la reanimación cardiopulmonar en caso de que la niña vuelva a entrar en parada (a lo largo de su corta vida ha entrado 8 veces). ¿Es esto posible?**

La reanimación cardiopulmonar (RCP) es una actividad médica que puede plantear diversos problemas ético-médicos. Las decisiones en relación con la realización de la RCP deben estar basadas en los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia distributiva. En casos de urgencia vital, la toma de decisiones se vuelve más complicada, y si el paciente es menor de edad obliga a tener en cuenta además de la voluntad de los padres, el interés mejor del mismo.

Existen situaciones en las que están indicadas las maniobras de la RCP y otras en las que está

justificado suspender las maniobras de reanimación. Los documentos de “orden de no reanimar” deben ser respetados por el equipo reanimador.

Corresponde al paciente tras haber recibido la información necesaria y adecuada, el tomar las decisiones correspondientes a los tratamientos a los que quiere someterse. En caso de que el paciente sea menor de edad (en este caso tiene 1 año), son sus padres o representantes legales quienes ostentan esta capacidad, ya que el paciente no tiene capacidad de discernir ni manifestar su voluntad.

Según el principio de beneficencia que rige la actuación médica, cualquier actuación médica debe buscar el bien del paciente. Esto obliga a ofrecer al mismo todas las posibilidades diagnósticas y terapéuticas que le sean beneficiosas. De otra parte, la constatación de que no siempre el máximo tratamiento es lo mejor, y la consideración de que los recursos sanitarios son limitados, han cambiado la práctica médica de que se haga todo lo posible para mantener con vida al paciente. En cada paciente y situación hay que valorar qué medidas son las más razonables de acuerdo con las expectativas de evolución clínica. Se ha de valorar si el tratamiento va a servir para mejorar los parámetros funcionales de un órgano, retrasar la muerte, alargar la vida o mejorar la calidad de vida.

No se considera éticamente aceptable el mantenimiento indefinido de pacientes con enfermedades irreversibles o sin posibilidades de una vida con un mínimo de calidad humana. La decisión de los padres al firmar una orden de no reanimar a su hijo debe constar en la historia clínica del menor, y ha de reunir las siguientes características:

- Valoración anticipada. La decisión ha de consensuarse con el equipo médico del menor.
- Pronóstico. Se ha debido de tener en cuenta el pronóstico de vida del menor y la calidad de vida futura.
- Consentimiento informado. Los padres han de tener la capacidad para entender lo que piden, y han debido de ser informado de forma adecuada y comprensible a su nivel intelectual y cultural. La decisión ha de ser tomada libremente.
- Por escrito.

La orden de no reanimar supone evitar sufrimientos inútiles.

**Mafalda está integrada en el proceso de selección de la empresa Kaos, S.A. Antes de citarla para la entrevista, que es el último paso antes de contratarla, le solicitan que se someta a un análisis genético, y mande el resultado a la empresa. ¿Puede la empresa solicitar este tipo de datos? ¿Tiene Mafalda la obligación de proporcionarlos?**

La secuenciación del genoma humano ha constituido un progreso médico muy considerable, y ha permitido identificar alteraciones genéticas asociadas a la aparición de determinadas enfermedades o que se comportan como factores de riesgo de algunos procesos patológicos. Las pruebas genéticas, tanto con fines diagnósticos como predictivas de una enfermedad, plantean problemas éticos que se pueden derivar del conocimiento de los resultados, la vulneración del derecho a la intimidad y algún tipo de discriminación laboral o social, particularmente en el caso de que las pruebas genéticas sean solicitadas por una compañía de seguros, antes de contratar una póliza de vida o de otro tipo, o por los departamentos de recursos humanos de una empresa antes de contratar personal.

Se considera personas en riesgo de discriminación genética aquellas que:

- Portan un gen que aumenta el riesgo de padecer una enfermedad:
  - Genotipo con mayor probabilidad estadística de padecer una enfermedad
  - Genotipo de enfermedades que puedan ser tratadas antes de que aparezcan los síntomas
  - Genotipo de enfermedades actualmente intratables y fatales
  - Genotipo de enfermedades con expresión clínica variable
  - Genotipo susceptible a factores ambientales
- Portadores de un gen para enfermedades recesivas o ligadas al X.
- Portadores de polimorfismos genéticos que inicialmente no producirían enfermedades.
- Personas con parientes cercanos con condiciones genéticas probadas o probables

- Personas portadoras de anomalías cromosómicas balanceadas que incrementen el riesgo de anomalías en su descendencia.

Los tests genéticos no deben ser efectuados con fines no médicos. Los médicos que trabajan para compañías de seguros no podrán exigir a los clientes que quieran suscribir una póliza que se hagan pruebas genéticas, ni podrán reclamar los resultados de las pruebas que ya hubieran sido efectuadas con anterioridad. De esta manera, se evitará que se puedan crear grupos de población discriminados debido a que tienen un riesgo potencial de padecer determinadas enfermedades y que nunca podrían contratar un seguro de vida o de salud. Los servicios de contratación laboral no pueden solicitar los resultados de pruebas genéticas antes de efectuar un contrato, para evitar que fueran excluidos los candidatos que tuvieran genéticamente propensión a desarrollar alguna enfermedad genética. Sin embargo, en los trabajadores ya contratados sí se pueden efectuar pruebas genéticas, siempre con su consentimiento, si estuvieran justificadas para evitar un riesgo de daño grave y específico a los propios trabajadores en caso de que las pruebas a permitieran detectar un factor de predisposición a padecer una enfermedad concreta bajo la acción de unos determinados factores ambientales.

La Comisión general de la UNESCO, el 11 de Noviembre de 1997 en la sesión Nº 30, aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos donde reconocen que: “ las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas” El 16 de Octubre de 2003 se realizó una Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos donde recordaba los principios consagrados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y los principios de igualdad, justicia, solidaridad y responsabilidad, así como de respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, en especial la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación, y la privacidad y seguridad de la persona, en que deben basarse la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos. En nuestro país, según el artículo 5 de la Ley de

Investigación Biomédica, toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.

Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

El artículo 6 establece el principio de no discriminación, al manifestar que nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas. Tampoco podrá discriminarse a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético o a prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o a donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda.

El artículo 9 establece los límites de los análisis genéticos:

1. Se asegurará la protección de los derechos de las personas en la realización de análisis genéticos y del tratamiento de datos genéticos de carácter personal en el ámbito sanitario.
2. Los análisis genéticos se llevarán a cabo con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad.
3. Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético, cuando esté indicado, o en el caso del estudio de las diferencias inter-individuales en la respuesta a los fármacos y las interacciones genético-ambientales o para

el estudio de las bases moleculares de las enfermedades.

Es el artículo 9.3 el que no permite realizar análisis genéticos con ninguna otra finalidad que no sean fines médicos o de investigación médica. Por lo que prohíbe que una empresa pueda exigir, antes de contratar a un trabajador, que aporte un análisis genético, que constituiría una causa de discriminación.

En Estados Unidos, de acuerdo con la Ley de no discriminación por información genética promulgada el 21 de Mayo de 2008, la discriminación genética es ilegal en los Estados Unidos. Dicha ley prohíbe a los empleadores usar la información genética para tomar decisiones acerca de contrataciones, despidos, inserciones laborales, o ascensos.

El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.2.c establece el derecho a no ser discriminado para el empleo o una vez empleado, y que no podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Ahora bien, Mafalda, voluntariamente si puede compartir los datos que ofrezca su análisis genético con la empresa, ya que en este caso se contaría (como exige la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal), con el consentimiento expreso del interesado. Para que Mafalda preste el consentimiento informado por escrito para la realización de su análisis genético, se le ha de suministrar la siguiente información:

- Finalidad del mismo.
- Lugar de realización y destino de la muestra.
- Quien tendrá acceso a los resultados (en caso de que no vayan a disociarse los datos).
- Advertencia sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados, y la facultad que ostenta de no recibir dicha información.
- Advertencia de la implicación que pueda tener para sus familiares la información que se obtenga.
- Compromiso de suministrar consejo genético una vez evaluados los resultados.



**A Mafalda se le diagnostica un cáncer, y la tratan con radioterapia. A consecuencia de la misma, sufre una tetraparesia. De los informes periciales se deduce que el cálculo de la dosimetría es correcto, pero si hubieran usado unos nuevos aparatos médicos que únicamente tienen en la clínica Mont-Sinaí de Houston, no hubiera sufrido dicha paresia. Mafalda está muy enfadada porque siente que no se han puesto a su disposición todos los medios existentes para curar su enfermedad, ¿Puede reclamar algo?**

Mafalda puede alegar que no han puesto a su disposición todos los medios disponibles en el mercado para el tratamiento del carcinoma que padecía, al considerar que no se han aplicado las más punteras técnicas diagnósticas que se emplean en las más prestigiosas clínicas privadas del mundo.

Pero las cuestiones que habría que plantearse para poder deducir la responsabilidad o no de los servicios sanitarios son: ¿Fue la radioterapia conforme al conocimiento médico existente? ¿Fue correctamente ejecutada? ¿Ha causado la radioterapia un daño desproporcionado?

El programa para calcular la dosimetría era el disponible según el estado de la ciencia. Teóricamente estaría disponible un programa más avanzado, pero este programa todavía no está incorporado al mercado de aparatos de radiológica y programas de cálculo en los hospitales de la sanidad pública, únicamente disponían del mismo los centros privados.

Para que surgiera en este caso responsabilidad patrimonial de la Administración, habría que determinar hasta qué punto puede llegar el estado de la ciencia en la puesta de medios que le es exigible.

La regularidad del funcionamiento del servicio sanitario implica la puesta de los medios disponibles y que sean exigibles. Por ello, será antijurídico el daño cuando se tiene la legítima expectativa de que se dediquen los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias. A efectos de la determinación de la antijuridicidad del daño, no se indemnizarán los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos. Si lo que es disponible según el estado de la ciencia y

dentro de esa obligación de puesta de medios ¿Hace que sea exigible a la Administración la incorporación de dichos avances, renovando o sustituyendo los medios de los que dispone? ¿Deben disponer todos los centros sanitarios públicos de la última tecnología en ciencia? Según la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la mejora de la calidad en el sistema sanitario debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias. Además, la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias contempla para los profesionales el deber de prestar una asistencia sanitaria de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establezcan.

No es exigible a la sanidad pública el empleo de las técnicas más punteras que utilizan las más modernas clínicas privadas, pero sí han de ir incorporando la última tecnología a sus servicios, para poner a disposición del ciudadano las mejores y más modernas técnicas en los tratamientos de sus enfermedades. De otro modo, pueden incurrir en responsabilidad al no poder a disposición del ciudadano los medios suficientes.

**Mafalda quiere quedarse embarazada, y como es hemofílica y dicha enfermedad se transmite a los hijos, le han propuesto la realización de un Diagnóstico Preimplantatorio para seleccionar un embrión que no sea portador de dicha enfermedad ¿Estaríamos ante un supuesto de discriminación genética?**

El diagnóstico preimplantatorio consiste en una técnica de laboratorio que permite estudiar el ADN de los óvulos o de los embriones para seleccionar aquellos que cumplen determinadas características o bien descartar los que tienen determinadas alteraciones hereditarias.

Esta técnica es especialmente útil cuando existen antecedentes de enfermedades genéticas o cromosómicas en la familia y se realiza dentro de programas de Fecundación in Vitro.

El diagnóstico se puede obtener de dos formas diferentes:

- Diagnóstico Genético Preimplantacional con embriones. Una vez realizada la fecundación in

vitro y antes de transferir el embrión al útero, se estudia su material genético para detectar si hay alguna alteración genética concreta.

Este estudio se realiza cuando los embriones se encuentran en la fase de 6-8 células, generalmente el tercer día de su desarrollo. Para estudiar su material genético se hace una biopsia de cada uno de ellos, se descartan los que tengan la enfermedad genética concreta que se esté determinando y, de este modo, se seleccionan sólo los embriones sanos que transferirán al útero.

- Diagnóstico Genético Preimplantacional con óvulos. El diagnóstico genético con óvulos permite detectar patologías genéticas o cromosómicas en el óvulo, antes de que se forme el embrión.

Esta técnica analiza una parte concreta del óvulo, el corpúsculo polar, por lo que sólo puede detectar patologías hereditarias de origen materno.

La prevención de enfermedades utilizando esta técnica se realiza en función de una selección eugenésica negativa susceptible de atentar contra la igualdad de todos los seres humanos. La posibilidad que da la FIVET de tener varios embriones en una especie como la humana en la que normalmente se desarrolla un embrión en cada embarazo, junto a la Genética permite el “screening” embrional, no solo limitado ahora a los que en la FIVET son eliminados del circuito reproductivo por ser considerados no aptos para transferir, sino que esta técnica posibilita elegir según criterios específicos de tipo genético.

Jaques Testart “el diagnóstico preimplantatorio deriva hacia prácticas eugenésicas que discriminan a los individuos desde la concepción. Es más según este autor “nada impedirá entonces que se recurra sistemáticamente a estos procedimientos en el caso de parejas que se sometan a la FIVET por motivos de infertilidad”. Se tratara entonces, no solo de tener un hijo, sino también de que carezca de tal o cual riesgo genético” y podría llegarse a que haya peticiones “por parte de parejas que tratan de asegurar la “normalidad” del niño que va a nacer, al margen de la terapia de la infertilidad. Estaríamos ante una particular forma de racismo o de discriminación sexual.

El diagnóstico genético preimplantatorio depende de la capacidad de aislar los embriones, extraer sus blastómeros y luego analizar su estructura genética, y cómo no, su eficacia depende de la capacidad de implantarse los embriones biopsiados con éxito.

Como resultado del estudio genético, los embriones que carecen de defectos genéticos de interés se colocan en el útero para su posterior implantación. Mientras que si poseen uno de los genes no deseados los embriones pueden ser desechados o no transferidos. Quizás en el futuro se puedan tratar los embriones con alteraciones genéticas y de esta forma evitar que sean desechados.

El mayor inconveniente ético es que el DP necesariamente conlleva actualmente la manipulación y destrucción de embriones.

Existen autores que defienden que el embrión debe ser respetado como persona desde el momento de la fecundación. Ello significa que del mismo modo que en la medicina postnatal no es tolerable una política de eliminar vidas poco valiosas, tampoco sería tolerable la destrucción sistemática de los embriones enfermos. El embrión es un nuevo paciente de la medicina, no un producto para la acción biomédica bajo principios utilitaristas. Estos autores señalan:

a) Que cualquier diagnóstico realizado en el embrión ha de ser utilizado en su propio beneficio. Además el peligro que supone ese nuevo diagnóstico sobre su integridad debe estar en proporción a los beneficios que le pueda aportar.

b) La técnica no está destinada a la curación del embrión.

c) Para que esta práctica sea ética, deberían darse varias circunstancias:

1) Que el embrión no sufriera consecuencias indeseables para su integridad y supervivencia durante su recogida en trompa y útero, posterior cultivo y desarrollo.

2) Que la transferencia asegurara su posterior implantación.

3) Que exista una proporción entre los riesgos que hay que asumir, pues siempre existirán, y el resultado beneficioso del diagnóstico para el embrión.

d) estas técnicas se deben realizar, como ocurre con cualquier otro tipo de investigación humana, primero en animales y sólo puede realizarse una experimentación en embriones humanos cuando ésta sea la única forma terapéutica disponible, con el consentimiento de los padres.

e) En la actualidad sobre los embriones humanos se están realizando todo tipo de investigaciones y experimentación sin haber realizado la puesta a punto de esta técnica al límite con animales (sobre todo con primates). El fácil uso de embriones sobrantes de la FIVET ha generado la explotación de ésta como material de experimentación en la puesta a punto de unas técnicas para servir al deseo de los padres o de los científicos.

f) La técnica se está convirtiendo en un arma de selección por la que se sentencia después del diagnóstico a muchos embriones a ser “basura biológica” y no tener derecho a la existencia, incumpliendo así el principio de igualdad de todos los seres humanos.

g) El futuro de las aplicaciones de esta técnica puede ser la selección genética y se hará por razones cada vez de menor importancia, bien para enfermedades menores (colesterol, hipertensión etc.) e incluso criterios no médicos como género, color de los ojos, del pelo etc.

Su desarrollo en el futuro depende de una concepción ética diferente a la actual. Si verdaderamente se pretende que esta técnica sea útil a la medicina, debe abandonarse la actual utilización eugenésica de esta técnica y ponerla más bien al servicio de la curación de los embriones humanos a los que hay que respetar como pacientes.

**El marido de Mafalda se encuentra en muerte cerebral irreversible, pero se mantiene vivo gracias a que está conectado a un respirador artificial. En el momento en que lo desconecten, Mafalda se pregunta en qué momento exacto muere. ¿Cómo saben los médicos a ciencia cierta que una persona ha fallecido? ¿Se encuentra esto regulado de alguna manera?**

El diagnóstico de la muerte por cesación total e irreversible de las funciones del cerebro y el tronco cerebral es simple, inequívoco, cierto y verificable por cualquier médico experimentado.

Los criterios legales para el diagnóstico neurológico de la muerte están recogidos en el Real Decreto 426/1980, que desarrolla la ley 30/1979 sobre

Extracción y Trasplante de Órganos, que en su artículo 10 establece:

“Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos, sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia durante 30 minutos, al menos, y la persistencia 6 horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos:

- Ausencia de la respuesta cerebral con pérdida absoluta de conciencia.
- Ausencia de respiración espontánea.
- Ausencia de reflejos cefálicos con hipotonía muscular y midriasis.
- EEG plano, demostrativo de inactividad eléctrica cerebral.

Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central.

El certificado de defunción basado en la comprobación de la muerte cerebral será suscrito por tres médicos entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto. En aquellos casos en que esté interviniendo la autoridad judicial podrá formar parte del equipo que va a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante”.

En 1982 la Sociedad Española de Neurología aprobó un documento oficial sobre “Diagnóstico de la muerte. Criterios neurológicos” que fue publicado en el libro Centenario de la Neurología Española, Servicio de Neurología del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau. Al no haberse regulado todavía en España la aplicación de los criterios de diagnóstico neurológico de la muerte con carácter general, la Sociedad Española de Neurología creó un Comité, que se reunió en Candanchú (Huesca) el 6 de febrero de 1993 y elaboró el dictamen que se transcribe a continuación, que hace suyo la propia Sociedad Española de Neurología:

- A) La muerte de un ser humano está determinada por el cese total e irreversible de la actividad cerebral.

B) El cese total e irreversible de la actividad cerebral es en la inmensa mayoría de los casos consecuencia de un paro cardiocirculatorio previo. Esta es la forma habitual de morir. Cuando no se han tomado o bien han fracasado medidas de reanimación emprendidas, el diagnóstico y la certificación legal de muerte no puede crear problemas ni confusión.

C) Por el contrario, cuando las medidas de reanimación consiguen recuperar la actividad cardíaca críticamente amenazada pero el cerebro queda dañado absoluta y totalmente o bien cuando el cese irreversible de la actividad cerebral se produce por una agresión primitiva del cerebro, puede darse la situación artificial en que persistan, gracias a las medidas de reanimación externa, actividades cardiocirculatorias y de ventilación pulmonar. El mantenimiento instrumental de funciones da una apariencia externa de la vida. Al estar el cerebro dañado irreversible y globalmente, el ser humano debe considerarse muerto a todos los efectos médicos y legales. Ha de equipararse, por tanto, el concepto y el momento de “muerte del cerebro” con el de muerte del ser humano.

D) Los criterios neurológicos que definen la muerte de una persona son los siguientes:

1. Es condición previa imperativa conocer la causa de la lesión mortal, demostrarla mediante exámenes apropiados y ser de naturaleza destructiva del tejido cerebral (hemorragia, traumatismo, tumor, infarto, anoxia-isquemia o encefalitis).

2. En consecuencia, queda excluida la posibilidad de sentar un diagnóstico de muerte en el caso de pacientes en coma de origen desconocido, de causa tóxica o medicamentosa, estado de hipotermia o shock cardiocirculatorio previos al coma. En los niños menores de 2 años, los criterios neurológicos de muerte requieren otra cautela.

3. Han de estar presentes todos y cada uno de los signos que se indican a continuación en el examen neurológico que se realice pasadas al menos 6 horas desde el momento de producirse la agresión cerebral responsable de la lesión. Se ha de constatar la persistencia de estos signos durante 30 minutos:

- Coma absoluto con hipotonía completa. Ausencia de toda reactividad motora o vegetativa

al dolor aplicado sobre un nervio del territorio craneal. Los estímulos dolorosos aplicados en las extremidades o en el tronco pueden producir reflejos espinales.

- Apnea persistente tras una prueba de desconexión durante 10 minutos del aparato de ventilación artificial y con oxigenación pasiva a través del tubo endotraqueal (6-12 litros/minuto). Para obviar la apnea post-hiperventilación y evitar la hipoxia, es conveniente utilizar una mezcla de CO<sub>2</sub> al 5% y oxígeno al 95% durante 5 minutos antes de la prueba de apnea. Si se puede medir, la PaCO<sub>2</sub> inicial antes de la prueba de apnea debe ser próxima a 40 mmHg y la final superior a 60 mmHg.

- Pupilas intermedias con ausencia del reflejo fotomotor y de los otros reflejos del tronco cerebral (óculo-cefálico, óculo-vestibular, corneal, ciliospinal y tusígeno), explorados según el arte establecido. Ausencia de respuesta cardíaca a la inyección intravenosa de 2 mg de atropina.

4. El plazo de tiempo mínimo que debe transcurrir entre el inicio de la agresión cerebral y el diagnóstico de la muerte se recomienda sea de 6 horas, pero puede reducirse en cada caso concreto.

5. Adicionalmente, se pueden usar criterios instrumentales. Por ejemplo, el registro de un trazado isoelectrico de 30 minutos en el EEG o la ausencia de circulación cerebral comprobada por angiografía convencional o isotópica, por Doppler transcraneal o angiografía carotídea de resonancia magnética.

En estos casos, la interrupción de toda asistencia médica puede llevarse a cabo por la certeza de que se está prestando ayuda a un cadáver, sin que puedan entrar en consideración motivos éticos de tipo alguno. La supresión de todo tipo de mantenimiento artificial de funciones está justificada después de la firma del certificado de defunción; no puede interpretarse, por tanto, que el individuo fallece como consecuencia de la retirada de la reanimación sino justamente a la inversa, se interrumpe la asistencia reanimadora porque el individuo está muerto.

La destrucción irreversible del cerebro supone la muerte de la persona, ya que es el órgano integrador y unificador que permite el funcionamiento del

organismo como un todo y lo hace capaz de sustentar la vida humana, sea cual sea la concepción filosófica o teológica de la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

- SÁNCHEZ-CARO, J., SÁNCHEZ-CARO, J., TORRES SOLANAS, V.M., ZAMARRIEGO MORENO, J.J. *“Manual de casos prácticos del área de bioética y derecho sanitario.”*
- LORENZO Y MONTERO, R. *“Protección de datos personales en el sector sanitario”.*
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *“Cuestiones de Bioética”.*
- VIDAL, M. *“Bioética, Estudios de bioética racional”.*
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *“Derecho Médico”.*
- SANCHO GARGALLO, I. *“Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”.*
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *“Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)”.*
- SARRATO MARTÍNEZ, L. *“Régimen jurídico-administrativo del medicamento”.*
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *“La medicina ante el derecho Problemas del lenguaje y de riesgo profesional”.*
- ALENZA GARCÍA, J.F. y ARCOS VIEIRA, M.L. *“Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario”.*
- Fayos Gardó, A. *“Curso de introducción al derecho sanitario Grado en Enfermería”.*
- FUERTES ROCAÑÍN, J.C. y GODINO IZQUIERDO, J. *“Manual de derecho básico para profesionales sanitarios Usted pregunta y su señora le responde”.*
- CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A. *“Tratado de Derecho Sanitario”.*
- VIDA FERNÁNDEZ, J. *“Concepto y Régimen Jurídico de los Medicamentos Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud”.*
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *“Derecho y salud como realidades interactivas”.*
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *“Régimen jurídico-administrativo del medicamento”.*
- PONS PONS, J. Y VILAR RODRÍGUEZ, M. *“El seguro de salud privado y público en España. Su análisis en perspectiva histórica”.*
- LLAMAS POMBO, E. *“Estudios sobre la responsabilidad sanitaria Un análisis interdisciplinar”.*
- MOURE GONZÁLEZ, E. *“Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad”.*
- GALÁN CORTÉS, J.C. *“Responsabilidad Civil Médica”.*