

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 25, número 2. Julio-Diciembre 2015

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

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

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

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

Vocales:

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

Consejo asesor:

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)
FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)
JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA (CANTABRIA)
JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)
LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)
MATILDE VERA RODRÍGUEZ (ANDALUCÍA)
FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)
ÁNGELA RUÍZ SÁENZ (CANTABRIA)
JAVIER MORENO ALEMÁN (MADRID)
JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)
MARÍA BELÉN LÓPEZ DONAIRE (CASTILLA-LA MANCHA)

PRODUCCIÓN:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
FACULTAD DE DERECHO
PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1
02071 ALBACETE - ESPAÑA
[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.
MAQUETADO POR STUDIO74.ES

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

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

Correspondencia y Publicidad:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

Correo Electrónico:

info@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

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

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado "suscriptores" y en otro denominado "socios" de titularidad de la Asociación "Juristas de la Salud" con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es indicando "derechos ARCO".

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

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidencia: Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorera:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; **Vocales:** Juan Manuel Alegre Ávila, *Universidad de Cantabria*; Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Matilde Vera Rodríguez, *Servicio Andaluz de Salud*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Ángela Ruíz Sáenz, *Consejería de Salud de Cantabria*; Javier Moreno Alemán, *Abogado*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; María Belén López Donaire, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*.

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 25, número 2. Julio-Diciembre 2015

ESTUDIOS

- La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?
Arantzazu Vicandi Martínez 9
- Cirugía y menores: el caso de la circuncisión masculina.
Pablo de Lora 67
- Conflictos de conciencia ante los trasplantes de órganos.
Antonio Pérez Miras 81
- La deconstrucción del sistema sanitario público.
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado 99
- Principio de finalidad y usos secundarios del material biológico de origen humano en la actividad investigadora.
Cecilia Gómez-Salvago Sánchez 125
- La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Omar Bouazza Ariño 137
- El acceso indebido a los datos clínicos por personal sanitario y la aplicación de los art. 197 y 198 del CP: aproximación a dos recientes sentencias con hechos idénticos y fallos dispares.
Jesús García Garriga 151

JURISPRUDENCIA E INFORMES 183

LEGISLACIÓN 201

- Normas de publicación 215
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 217
- Solicitud de asociación 218

Estudios

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA, ¿SE PUEDE CUANTIFICAR LO INCUANTIFICABLE?

Arantzazu Vicandi Martínez
Doctora en Derecho Civil
Universidad de Deusto

SUMARIO: **I. La pérdida de oportunidad:** 1.1. Concepto; 1.2. Etimología y origen; 1.3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España; **II. La figura de la pérdida de oportunidad:** 2.1. Naturaleza jurídica; 2.2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria; 2.3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad; 2.4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad; 2.5. El daño resarcible; **III. Análisis fenomenológico:** 3.1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias; 3.2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía; 3.3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario; 3.4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico; 3.5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento; **IV. Conclusiones;** **V. Bibliografía.**

RESUMEN

La perte de chance o la “hermana pobre del Derecho de daños”, es una figura con más claros que oscuros, sobre la que doctrina y jurisprudencia parecen encontrarse divididas. Con el presente trabajo se pretende arrojar luz sobre esta idea en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, abordándola desde una perspectiva dogmática y tónica.

PALABRAS CLAVE

Perte de chance, responsabilidad sanitaria, jurisprudencia.

ABSTRACT

Le perte de chance or “the poor sister of Tort Law”, is a clouded legal concept where the case-law have divided opinions. The present work is aimed at shedding light on this idea within the scope of Medical Liability, from a dogmatic and topic approach, taking into account for this study more than a decade of case-law from The Supreme Court of Justice.

KEYWORDS

Perte de chance, Medical Liability, case – law.

I. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1.1. Concepto

1. La pérdida de oportunidad puede definirse como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, que se traduce en una acción judicial que toma como base, no la causación de un daño, sino la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Si bien la primera parte de la explicación no entraña mayores complicaciones, la cuestión se dificulta con el perjuicio, porque éste resulta incierto. Debemos tener presente que el menoscabo final no es provocado por la parte demandada, porque éste ya existía, sino que su actuación ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr una mejora posible.

Tras estas primeras impresiones, es de recibo que nos hagamos la siguiente pregunta ¿qué se invoca realmente? La pérdida de oportunidad en sí misma, entendida ésta como la condena sufrida o la desaparición de posibilidades de curación o mejora del paciente, que ha visto las mismas reducidas a cero¹.

La complejidad de la noción resulta patente, ni el médico ni el centro sanitario han causado el daño final al paciente, que podríamos ejemplificar en el fallecimiento, la pérdida de un miembro, etc.; ya que

1 Así lo asevera MEDINA ALCOZ cuando afirma “Es que en realidad, se dice, aquí no se está indemnizando el daño físico que produce como consecuencia de la patología del enfermo, no se está indemnizando el beneficio industrial que deja de obtener el licitador que debió ser adjudicatario o que pudo serlo de haberse actuado conforme a Derecho. Se está indemnizando la pérdida de una pérdida de oportunidad como un bien en sí mismo de curación en el primer caso o de victoria en el segundo caso. Eso es un bien en sí mismo, es un daño emergente”. MEDINA ALCOZ, Luis: “La teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 97 - 112; concretamente en páginas 106 y 107. Línea doctrinal seguida por GUILLO SÁNCHEZ – GALIANO “Es esa pérdida de oportunidad del tratamiento, del medio, de la decisión que puede tomar el paciente, lo que en definitiva se está reconociendo como responsabilidad de la Administración sanitaria y lo que se está indemnizando...”. GUILLO SÁNCHEZ – GALIANO: María de los Desamparados, “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 113 - 119; concretamente en página 115. Igualmente, BOTANA GARCÍA se decanta por esta misma idea “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, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra: “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 113, 2013, pp. 1 - 4; concretamente en página 3.

estas contingencias tuvieron su origen en una circunstancia previa, como por ejemplo, un accidente. La incidencia de los demandados reside en la reducción de las posibilidades de mejora o sanación del paciente a un 0% o un porcentaje similar.

Huelga señalar que la indemnización, de llegar a concederse, no podrá abarcar la totalidad del menoscabo sufrido, es decir, el 100%, por dos razones. La primera de ellas la hemos apuntado líneas atrás, el perjuicio no ha sido ocasionado por la parte demandada, sino que era anterior a la relación médica. El segundo motivo es evidente, si bien se tiene conocimiento de que no se llevó a cabo una actividad necesaria, también es lógico pensar que no puede llegar a alcanzarse la certeza de que el daño final se habría evitado, de haberse desplegado los medios necesarios. Es por ello por lo que la indemnización se atempera, dado que se basa en suposiciones o hipótesis que se materializan en porcentajes imposibles de fijarse exactamente, salvo casos aislados².

2. MEDINA ALCOZ define de forma clara y estructurada esta idea “El sintagma «pérdida de oportunidad» (también «pérdida de una oportunidad», «pérdida de oportunidades», «oportunidad perdida») es la expresión española que se emplea usualmente

2 Sobre esta misma idea se pronuncia PANIZA FULLANA, respecto de un litigio en el que el cliente de un abogado le demanda a éste por la prescripción de una acción. La indemnización exigida era la misma que contenía la demanda, algo que no aceptó el juzgador por la falta de certeza. Concretamente asevera esta autora “Se extrae de los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial, confirmados por la del Tribunal Supremo, que probada la negligencia del letrado, su retraso en la interposición del recurso fue lo que provocó que se declarara prescrita la acción. Esta actuación provocó un daño moral al actor vinculado a la pérdida de oportunidad de obtener una resolución sobre el fondo. Entiende que no cabe identificar el daño con el valor de la indemnización que podría haberse obtenido, ya que la obligación que vincula al abogado con su cliente es de medios, no de resultado”. PANIZA FULLANA, Antonia: “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 1, núm. 11, 2012, pp. 51 - 64; concretamente en página 55. Opinión compartida por RUBIO TORRANO “Concretando el riesgo acerca del cual no se informó, la indemnización debe cuantificarse exclusivamente en función del valor de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia y no por la integridad del daño a la salud sufrido por el paciente a raíz de la actuación médica. La pérdida de oportunidad se valora haciendo un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido plenamente los riesgos personales, probables o típicos de la intervención”. RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53 - 59; concretamente en página 55.

en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo³.

Se trata de un concepto caracterizado por la incertidumbre. Inseguridad sobre la patología preexistente, los medios de sanación o mejora, las consecuencias de la no aplicación de los mismos y las posibilidades de evitar el daño final. El único aspecto indudable es que al paciente se le ha privado de una ganancia o no se le ha permitido evitar una pérdida, aunque se desconoce en qué medida⁴.

YZQUIERDO TOLSADA se pronuncia en una línea muy similar a la que se ha señalado líneas atrás “Hablar de pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento⁵”.

GALLARDO CASTILLO hace girar este concepto en torno al de la *lex artis*, destacando que el cumplimiento de ésta última no es suficiente a los efectos de que se estime la plena diligencia, sino que debe desarrollarse en el momento oportuno y de la manera necesaria. No en vano, para la pérdida de oportunidad no es indispensable una vulneración de la *lex artis*, ya que una actuación médica correcta, por sus circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo⁶.

XIOL RÍOS acude a una división fáctica que es de obligada mención antes de finalizar esta breve introducción conceptual. Este autor asegura que la pérdida de oportunidad se da en una serie de escenarios clásicos como los siguientes: la pérdida de una ventaja como consecuencia de una actuación profesional perjudicial, la pérdida de oportunidad que no depende de la actividad del perjudicado y el sacrificio de una posibilidad, por una cuestión azarosa. Este autor vuelve de nuevo sobre el protagonismo ineludible de la incertidumbre en la causalidad, hasta el punto de que no permitir el reproche de estos casos atentaría contra los intereses de la víctima, al haber sufrido un daño real. Es precisamente en este punto en el que la pérdida de oportunidad toma sentido, como noción reparadora de esta circunstancia⁷.

Como conclusión de todas estas explicaciones analizadas hasta el momento, parece conveniente citar la definición de ASUA GONZÁLEZ “La doctrina de la pérdida de oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especialidad relevancia en el ámbito sanitario⁸”. Esta autora resume los escenarios de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico en un número más o menos acotado de supuestos de hecho: los errores de diagnóstico o tratamiento, la falta de información, los errores en el consentimiento informado y los diagnósticos prenatales⁹.

1.2. Etimología y origen

1.2.1. Etimología

La idea de la pérdida de oportunidad parte del concepto de *chance*, que podríamos entender como “suerte”. El origen de esta palabra la conforman dos vocablos, *choir* por un lado, que podría traducirse como “caer por su propio peso”, y por otro lado *cadere* o *cadentia*, que podemos interpretar como “caer” y “caída”, respectivamente. La raíz de este término

3 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007, p. 55.

4 AA.VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2009, p. 395.

5 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 533 - 542; concretamente en página 537.

6 GALLARDO CASTILLO, María Jesús: “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, *Diario La Ley*, núm. 18, 2009, pp. 2139 - 2149; concretamente en página 2141. De las palabras de este autor se desprende que el perjuicio resultante no deriva de la actividad médica (o de la omisión), sino de la incidencia de la misma, bien de forma activa o pasiva, tal y como comentábamos líneas atrás.

7 XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9 - 38; concretamente en página 11.

8 ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 15.

9 No obstante estas afirmaciones, en el estudio fenomenológico podrá observarse cómo la jurisprudencia baraja un abanico mayor de posibilidades.

la encontramos en la práctica del juego de azar de los dados, ya que *chéant*, una palabra que deriva de *chance*, era el nombre que recibía el número de puntos que se sumaba en cada caída de dados sobre el tablero¹⁰.

La palabra *chance* puede significar tanto probabilidad como suerte, y es precisamente en esta segunda acepción en la que se ha apoyado la base de la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad, entendiéndose como la pérdida de una probabilidad beneficiosa; pudiendo resumirse la figura como “la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”¹¹.

La “pérdida” debe comprenderse como un concepto asociado a la carencia de algo que se poseía o se podía poseer, que en el caso de la noción objeto de análisis, sería la salud. “Oportunidad” por su parte, hay que interpretarla como una conveniencia en un tiempo determinado¹².

1.2.2. Origen de la figura

1. El origen de la pérdida de oportunidad, todavía a día de hoy es objeto de debate, ya que surgió casi de manera simultánea en los países del *Droit Civil* y del *Common Law*, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a fin de dar respuesta a litigios de responsabilidad contractual en los que se perdía alguna oportunidad en un proceso judicial, concurso o licitación. A pesar del mentado desacuerdo, por cuestiones de temporalidad, consideramos más correcto situar la procedencia de esta idea en Francia¹³.

10 GARCÉS – GARRO RANZ nos acerca otra referencia etimológica en la que señala, que además del origen francés, la denominación de esta noción también hunde sus raíces en la tradición árabe, donde la palabra “azar” encontraría su origen en *azzahr*, de la que derivaría el vocablo *zahr*; que significa dado; de donde provendría el concepto de la probabilidad que deriva de esta figura. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, núm. 111, 2010, pp. 33 - 72; concretamente en página 36.

11 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007, p. 61. Aunque ésta sea la doctrina mayoritaria, no faltan voces discordantes que consideran que la opción correcta para optar por un significado de *chance* debe ser el de oportunidad, acudiéndose a una distinción entre “buenas oportunidades” y “malas oportunidades”; traduciéndose la pérdida de oportunidad en el reparto de probabilidades entre ambos extremos.

12 DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel: “Pérdida de oportunidad en salud”, *Ars Médica: revista de humanidades*, Vol. 5, 2006, pp. 141 - 147.

13 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de*

Centrándonos en Francia, por ser el país europeo donde se estima que primero se vislumbró judicialmente esta noción, tenemos como referente la sentencia de 17 de julio de 1889, de la *Cour de Cassation*, en la que un procurador judicial olvidó la tramitación de un proceso, impidiendo al litigante cualquier posibilidad de llegar a una resolución judicial. Fue precisamente con este caso con el que se inició la andadura jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, al invocarse esta construcción doctrinal contra el *huissier* (procurador), que olvidó la fecha de presentación de una acción judicial, privando de cualquier posibilidad de defensa a su representado¹⁴.

2. A pesar del carácter controvertido de la pérdida de oportunidad, su aceptación fue amplia, y su generalización a lo largo del siglo XX, fue rápida; no obstante lo cual, siguió distintas tendencias en función de su localización geográfica y tradición jurídica. Podemos dividir la aceptación y evolución de este concepto en tres agrupaciones de países, en función de la suerte sufrida en los mismos. En primer lugar están los Estados donde la construcción doctrinal fue inventada (Francia e Inglaterra) o posteriormente aceptada (tal y como es el caso de Bélgica, Italia, Argentina y Australia), donde esta doctrina se encuentra ampliamente admitida y ha sufrido una importante evolución, no restringiéndose su uso únicamente a las probabilidades perdidas en procesos judiciales o concursos.

La segunda corriente la conforman naciones como Canadá, Holanda o Estados Unidos, donde la inserción de la pérdida de oportunidad fue recelosa, parcial (admitiéndose únicamente en una concreta materia) y desigual; hasta el punto de llegar a existir una amplia línea doctrinal contradictoria.

Finalmente, el tercer grupo de países viene compuesto por aquellos ordenamientos jurídicos en los que la pérdida de oportunidad no tiene cabida, como es el caso de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, entre otros. En éstos,

oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit., p. 130. Joseph H King efectuó una gran aportación a este concepto, al evidenciar la necesidad de analizar la causalidad en relación al proceso de identificación y establecimiento del valor del daño. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, *InDret*, núm. 2, 2005, pp. 1 - 19; concretamente en página 4.

14 GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 36.

la práctica judicial no ha acogido este concepto, por considerar que la frustración de una expectativa no es resarcible, y que de serlo el margen de probabilidad debe ser tan amplio, que permitiría la existencia de un nexo causal¹⁵.

3. Por otro lado, en el sistema de la *Common Law* fue necesario esperar hasta el año 1911 para que la pérdida de oportunidad fuese invocada ante un Tribunal (de ahí que nos hayamos decantado por situar el origen de la figura en el sistema francés). Ocurrió en el asunto *Chaplin v. Hichs*, de la *Court of Appeal*, en el que se enjuició la pretensión frustrada de ganar un concurso de belleza¹⁶.

4. En el caso español la primera invocación de la pérdida de oportunidad se dio en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998¹⁷. Se enjuiciaba una supuesta negligencia sanitaria en la que un trabajador, que sufrió una amputación en uno de sus dedos en el desempeño de sus funciones, vio limitadas a cero las posibilidades de reimplantación de la parte del miembro perdido por un descuido en la custodia del dedo desde su lugar de trabajo hasta el hospital más cercano; algo que provocó que éste llegase en un estado de extrema congelación¹⁸.

15 A pesar de las reticencias de estos países, lo cierto es que tanto la labor desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a esta noción, como su evolución en el Derecho comunitario, están generando un clima de aceptación, que probablemente propicie una admisión paulatina en los Estados antes mencionados. La razón de ser para esta exclusión es que estas naciones se basan en la teoría del “todo o nada”, que será estudiada en su momento. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”, *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, Vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 1 - 36; concretamente en páginas 8 y 9.

16 Un agente teatral convocó un concurso de teatro con la promesa de que contrataría por tres años a doce de las cincuenta candidatas que se encontraban entre las más votadas. Una de las participantes fue seleccionada a los efectos de pasar a la fase de contratación, pero no le fue notificada la fecha de la entrevista, por lo que su lugar fue ocupado por otra candidata. El caso fue indemnizado en base a la frustración de una posible contratación. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 131. YONG y RODRÍGUEZ YONG toman como punto de partida para la pérdida de oportunidad, precisamente este enjuiciamiento de un concurso de belleza, y no tanto las determinaciones de la Corte francesa. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 4.

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, Sala Primera, recurso 1496/1994, ponente Gullón Ballesteros.

18 Un trabajador de la empresa “Frigor” sufrió una amputación parcial de una de sus manos. La enfermera de la empresa donde trabajaba el accidentado se puso en contacto con los servicios de urgencias del hospital más cercano, a fin de avisarles y recibir instrucciones precisas a los efectos de

5. Como hemos podido observar, los primeros pasos de la pérdida de oportunidad fueron dificultosos y se encontraron colmados de escollos en la doctrina española, ya que su aceptación fue casi residual, hasta el punto de que algunos autores, como MEDINA ALCOZ, la han llegado a denominar “el pariente pobre” del Derecho de daños¹⁹.

Fue precisamente por esta situación por la que la primera normativa que le dio forma legislativa a la pérdida de oportunidad, la Ley 48/1998, de 30

conservar el dedo, de forma que pudiese ser reimplantado. Una vez hubo dejado el miembro seccionado en una caja con hielo, procedió a atender al enfermo hasta estabilizarlo. Cuando éste estaba preparado para su traslado, la enfermera solicitó a uno de los compañeros del accidentado que comprobase el estado del dedo y en caso de requerir más hielo, procediese a añadirlo. Éste verificó la necesidad de volver a poner más hielo, dado que ya se había derretido, pero consideró que el hielo seco sería más apropiado, por su mayor capacidad de enfriar. Cambió el recipiente y el medio de refrigeración, entregándoselo a la enfermera, la cual no comprobó el interior de la caja a pesar de que el envase era diferente, y acompañó al trabajador al hospital. Cuando llegaron al centro sanitario más cercano, el dedo amputado había estado un tiempo excesivo expuesto al extremo frío del hielo seco, por lo que la congelación del mismo hacía imposible su reimplantación. La acción judicial se entabló contra la enfermera de la empresa que no comprobó, a pesar del cambio de envase, las condiciones en las que se encontraba el miembro amputado, ya que con el escaso tiempo de congelación que había sufrido antes de partir, hubiesen podido llegar a mantenerse con vida los tejidos del dedo. Por supuesto, se acudió a la pérdida de oportunidad, porque el margen de éxito de la reimplantación era desconocido. Autores como MEDINA ALCOZ consideran la efectiva concurrencia de la figura de la pérdida de oportunidad en este litigio, pero con mayores cautelas. Este autor señala con gran acierto, que el Tribunal Supremo indemnizó al accidentado por la pérdida del dedo, y no por la pérdida de oportunidad de reimplantación, ya que en realidad la amputación era un daño emergente que el enfermo ya estaba sufriendo, por lo que el autor considera que sería necesario indemnizar únicamente por la pérdida de oportunidad de reimplante y no tanto por la pérdida del dedo. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 205. No obstante, y aunque esta es la primera resolución que se dictó sobre la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad sanitaria, desde los años noventa el Tribunal Supremo venía acogiendo esta idea en otro campo, el de la responsabilidad de los abogados. LLAMAS POMBO, Eugenio: “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 110, 2012, pp. 1 - 3; concretamente en página 1.

19 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 235. Ahora bien, LORENZO – REGO se hace eco de la rápida evolución que ha tenido este concepto, por el amplio espectro de aplicación que tiene en la actualidad la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. De tal forma, que si bien al principio ésta se limitaba a controversias de *wrongful birth* y *wrongful life*, ahora puede verse invocada en supuestos tan dispares como la mala *praxis* en general o el consentimiento informado. LORENZO – REGO, Irene: “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 103, 2012, pp. 6 – 20.

de diciembre²⁰, pasó prácticamente desapercibida²¹. Esta generalización lenta y tortuosa viene motivada, entre otras cosas por lo que MEDINA ALCOZ denomina “doctrina judicial de preterición virtual del lucro cesante”, por la cual la prudencia es la base de la prueba en el sistema judicial²². Esta tendencia se centra en exigir la plena certeza en la práctica probatoria, algo que puede llevar a que una gran cantidad de reclamaciones indemnizatorias, cuya posibilidad de ser resarcidas resulta alta, sufran una suerte desestimatoria por no alcanzar la plena certeza causal.

1.3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España

1. La Unión Europea, en su afán proteccionista, ha encontrado en la pérdida de oportunidad una vía de solución a situaciones de desamparo y menoscabos económicos, provocados por la pérdida de expectativas.

Uno de los primeros pasos para la introducción de esta noción lo encontramos en una iniciativa de la Unión en materia de contratación pública. Se reconoció el derecho a ser resarcido en este ámbito, con motivo de que las normas procedimentales de la contratación pública resultasen violadas, provocándose la falta de adjudicación a un candidato con “posibilidades”; fijándose el umbral indemnizatorio en las “probabilidades reales” de contratación. Nos referimos a las Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero²³, junto con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989²⁴. Ambas Directivas tienen como filosofía común el resarcimiento a los damnificados por el incumplimiento de los protocolos públicos de contratación, encontrándose las dos traspuestas a la normativa interna.

20 Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

21 Derogada por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

22 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...* op.cit., p. 192.

23 Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

24 Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos en suministro y de obras.

2. En España, a pesar del rechazo inicial que sufrió la pérdida de oportunidad, ésta se ha ido abriendo paso de forma gradual, junto con algunas otras figuras afines en el ámbito probatorio, como la técnica presuntiva y la teoría del riesgo. Por medio de estas construcciones doctrinales se ha conseguido superar el principal escollo que se erguía frente a la pérdida de oportunidad: la idea de que la verdad procesal y la material son idénticas.

Aunque desde la década de los ochenta los Juzgados y las Audiencias ya se hacían eco de este concepto, el Tribunal Supremo se resistía, por lo que podríamos marcar como punto de inflexión de aceptación de esta doctrina, la entrada en la actual centuria, es decir, el año 2000. A pesar de que sigue existiendo una lucha interna entre ambas tendencias, lo cierto es que la admisión de la figura ha sido amplia, en aras de la justicia material. A lo que debemos añadir que las implicaciones legislativas, como las anteriormente comentadas, han sido de suma ayuda.

II. LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

2.1. Naturaleza jurídica

1. El escenario del que debemos partir es aquel en el que ante un daño se baraja la hipótesis de que una actuación debida podría haber evitado el desenlace fatal o por lo menos paliarlo. De esta premisa pueden derivarse dos posibles soluciones, por un lado la tradicional, que sentaría la idea de que sin una conexión directa no cabe responsabilidad alguna, y por otro, la que considera que la frustración de la probabilidad debería ser objeto de indemnización. ASUA GONZÁLEZ es especialmente clarificadora en esta labor de diferenciar ambas vertientes, estableciendo un sistema de porcentajes muy sencillo. Considera esta autora que la proporción de margen en el ámbito del sistema tradicional se encuentra en torno al 55%, esto es, un daño sólo será indemnizable cuando el acto que pudo provocarlo (o evitarlo) tenga una conexión de un 55%; por lo que la duda de la posibilidad de que este acto no fuese el causante del menoscabo, no puede ser superior al 45%. La pérdida de oportunidad rompe este rígido esquema con una idea muy sencilla, cuando la certeza sea inferior a ese 55% se estima, que aunque exista una duda razonable de en torno al 45% de que la actividad o la omisión del agente fuese la causa directa del daño final sufrido por la víctima, la posibilidad sigue siendo elevada

y que por lo tanto el perjuicio debe ser resarcido; entendido como la no consecución de un beneficio. La única cuestión añadida es que esa inseguridad se refleja en la indemnización, la cual, ante la duda fundada y la hipótesis que se genera en torno a la misma, no puede alcanzar el 100% del menoscabo total²⁵.

25 ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria... op.cit.*, p. 18. Un ejemplo clásico de esta divergencia es un asunto de la jurisprudencia suiza de 12 de junio de 2007, que nos acerca esta misma autora. Un hombre acude a un servicio de urgencias aquejado de cefaleas, náuseas y dolores abdominales, tras un concienzudo estudio no se le hallaron evidencias de irritación meníngea y dado que su estado había mejorado y que se sentía incómodo en el hospital, solicitó su alta voluntaria, a la que el médico que le atendió no se opuso. Horas más tarde volvió al mismo centro en estado de inconsciencia y claros síntomas de meningitis, a consecuencia de la cual y a pesar de la rápida actuación, le restó una sordera bilateral absoluta. Dada la imposibilidad de establecer una relación directa entre la actuación médica y la sordera de la víctima, la parte actora acudió a la pérdida de oportunidad como único medio de indemnización, viendo sus pretensiones rechazadas por el Tribunal, al considerar éste que se trata de una construcción doctrinal injusta, ya que permite que algunos litigios en los que no existe conexión, sean indemnizados y que otros sufran una suerte desestimatoria, utilizando como único criterio de discernimiento un margen de probabilidad y porcentajes. Al hilo de esta cuestión porcentual XIOL RÍOS fija la base de la pérdida de oportunidades en unos márgenes de probabilidad distintos, estableciéndose un techo máximo de un 80% en el derecho continental, frente al 51% que considera más propio del sistema anglosajón. XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 20. Un porcentaje muy similar es el que propone FORAN como posible punto de partida, concretamente, del 51%. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, *Bridgeport Law Review*, núm. 12, 1992, pp. 471 - 503; concretamente en página 482. De una opinión parecida se muestra LUNA YERGA al señalar “En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos y que oscila, con carácter general, entre el 50% para asuntos civiles ordinarios en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* (*Preponderance of Evidence*) y el 100% o porcentajes cercanos en los ordenamientos jurídicos del derecho continental”. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico - sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 3. GALÁN CORTÉS por su parte, sitúa el margen de porcentaje de certidumbre en un 50% en los sistemas del *Common Law* y en un 80% en los países de cultura jurídica Europea continental, entre los que se encuentra España. GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad civil médica*, Thomson - Reuters, Cizur Menor 2011, p. 397. DE ÁNGEL YÁGÜEZ es menos estricto a este respecto, al no especificar la necesidad de concurrencia de ningún porcentaje, aunque admite que la existencia de uno facilita la labor del juzgador y no sólo otorga seguridad a las partes del proceso, sino que el demandado también ve incrementadas sus posibilidades de éxito, al no tener el Juez tanto margen de decisión. Sin embargo, revela la segunda cara de la moneda, y es que muchos supuestos quedan fuera de cualquier posibilidad de indemnización por el simple hecho de que no alcanzan el margen porcentual, es por ello por lo que el mencionado autor acude al criterio subjetivo de “grado suficiente de probabilidad”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999, p. 118.

2. Autores como MEDINA ALCOZ van más allá y muestran una vertiente distinta de la pérdida de oportunidad. Este autor se sobrepone a los conceptos tradicionales y busca nuevas formas en las que la pérdida de oportunidad pueda verse en construcciones más complejas. Acude a tal fin a formulaciones como la de “buena suerte” y la “mala suerte”, ambas traducibles en oportunidades o eventos desafortunados, respectivamente. De acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, sendos puntos de vista provocan una pérdida de oportunidad, siendo la primera de ellas la de “un resultado favorable frustrado”, mientras que la segunda podría resumirse en un “resultado desfavorable realizable”²⁶.

El primero de los supuestos no escapa a los márgenes de la *chance*, dado que no existe certeza de que de haber mediado diligencia, el resultado final no se hubiese dado. El segundo se encuentra en el campo del *riesgo*, ya que ha habido una actuación de escasa diligencia, que sin embargo no ha producido daño y que desconocemos si se materializará en un futuro (radiación excesiva, por ejemplo). En ambos aspectos existe una zona de incertidumbre que imposibilita cualquier probabilidad de establecer un nexo causal entre la actuación o la omisión médica con la consecuencia final, y que sin embargo permite asentar la hipótesis de lograr un mejor resultado, que ha quedado frustrado.

Estas menciones pueden reflejarse también en la pérdida de oportunidad, pero para ello hemos de acudir a la subdivisión de la pérdida de oportunidad pasada y la pérdida de oportunidad futura. Mientras que en el primero de los casos el perjuicio se produjo en el pasado y el resultado final es efectivo en el presente, en el segundo de los escenarios el daño se ha dado en el presente, no ocasionando ningún deterioro, pero existiendo la duda real de que pueda producirse en un momento posterior en el tiempo, es decir, a futuro; con la dificultad añadida de probar la existencia de un nexo causal entre ambas eventualidades.

Estos conceptos son más sencillos si los materializamos en sendos ejemplos. La pérdida de oportunidad pasada comprendería un caso en el que un médico no trata a tiempo una herida en la pierna de una persona diabética, degenerando ésta en una gangrena, que requiere la rápida amputación del miembro enfermo. Sin embargo, la oportunidad perdida futura podría ejemplificarse en un supuesto en el que

26 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 62.

un paciente es sometido a una radiación excesiva por una actuación negligente del médico que le trataba, incrementándose en un 30% la posibilidad de éste de sufrir un cáncer de piel en un futuro. Ha existido una negligencia cierta, pero tan sólo tenemos una hipótesis de que en un futuro se desarrolle el menoscabo, e incluso de llegar a materializarse, subsistiría la duda de si efectivamente fue dicha actividad la que provocó la dolencia o ésta tiene su origen en algún otro factor.

3. Autores como GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ, al reflexionar sobre la pérdida de oportunidad, dan un paso más y entran en consideraciones sobre la naturaleza de la construcción doctrinal, equiparándola a algunas otras que también son objeto de análisis en la presente tesis, tal y como ocurre con el daño desproporcionado. Estos autores estiman que se trata de un concepto que conforma un medio de facilidad probatoria²⁷. No obstante, consideramos que esta teoría debe interpretarse con prudencia, ya que no llega a abarcar completamente todas las vertientes de la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la esencia de la doctrina del daño desproporcionado (un ejemplo de la facilidad probatoria) se fundamenta en que, ante la irrogación de un daño que habitualmente no se produce en una intervención o tratamiento, se presume que éste tiene su origen en la práctica desplegada, salvo prueba en contrario. Sin embargo, la pérdida de oportunidad nos muestra otra faceta distinta, dado que se mueve en un sistema de márgenes. La idea en la que se basa comienza con una hipótesis diferente, y es que el paciente sufre un daño cuyo origen no es una lesión física, sino una pérdida de expectativas, por lo que no hay una presunción de causalidad directa del daño.

Llegados a este punto conviene reflexionar sobre cuál es la principal diferencia entre las dos figuras que hemos comparado. En primer lugar tenemos la indemnización, mientras que en el daño desproporcionado el paciente ve satisfechos sus intereses al 100% (la totalidad del daño sufrido), en la pérdida de oportunidad jamás podrá llegarse a este porcentaje, al existir una sombra de incertidumbre. En segundo lugar, el daño desproporcionado es una noción que encaja dentro de la facilidad probatoria, tal y como se evidencia en el capítulo correspondiente. Esto no ocurre en la pérdida de oportunidad, donde el esfuerzo

de prueba del paciente es mucho mayor, en la medida en que se encuentra en la necesidad de demostrar qué ocurrió y hasta qué punto la falta de actividad pudo provocar las consecuencias, o si realmente llegará a sufrir algún tipo de menoscabo futuro²⁸.

28 LLAMAS POMBO considera que se trata de dos figuras diferentes, por lo que no es posible calificar la pérdida de oportunidad como un supuesto de facilidad probatoria, por el simple hecho de que el sacrificio de una expectativa es un daño en sí mismo. Dada la claridad de sus argumentos parece conveniente citarlo textualmente “Se trata, obviamente, de dos argumentos y cuestiones completamente distintas que no conviene confundir. Una cosa es aplicar, a la hora de atribuir a cada una de las partes el correspondiente *onus probandi*, la que nuestra jurisprudencia ha dado en llamar «doctrina de la facilidad probatoria», que viene a ser la versión vulgar de la denominada «distribución dinámica de la carga de la prueba»; regla a la que ya nos hemos referido en estas mismas páginas en varias ocasiones y que, además, hoy encuentra su base legal en el art. 217.6 de la LEC (LA LEY 58/2000), donde incluso cuajó esa terminología. Y otra que no tiene nada que ver con ella, es la doctrina de la pérdida de oportunidad, como daño en sí misma. La *perte de chance*, o pérdida de oportunidades de supervivencia (como tempranamente la denominó la doctrina española de la responsabilidad médica), fue acuñada por la jurisprudencia francesa ya en los años sesenta del pasado siglo y ha sido profusamente empleada en los supuestos de responsabilidad médica, sencillamente como una forma de daño”. LLAMAS POMBO, Eugenio: “El daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 69, 2009, pp. 1 - 2; concretamente en página 1. De esta misma opinión se muestra GÓMEZ POMAR, que a pesar de no pronunciarse directamente sobre esta idea de que la pérdida de oportunidad conforme un supuesto de facilidad probatoria, señala que se trata de una eventualidad dañosa en sí misma. Nuevamente la claridad de sus argumentos requiere de su cita literal “Tal noción puede tener alguna utilidad si su objetivo es, modestamente, el de poner el énfasis en la pérdida actual de un valor esperado (y, por tanto, inherentemente con un cierto grado de incertidumbre, y no cierto, como en ocasiones se pretende). Así, el afirmar que la pérdida de oportunidad como modalidad de daño (en principio) indemnizable no equivale a la indemnización de los lucros o ganancias que la víctima hubiera podido obtener, sino al resarcimiento debido por la privación de “unas ciertas y actuales oportunidades de obtener ventajas, resulta admisible (aunque perifrástico) como referencia imprecisa a que la víctima pierde, hoy, un valor esperado que integra positivamente su función de utilidad, cuando la negligencia de otro (abogado, por ejemplo) le priva de poder litigar para obtener algo, hace inútil un recurso frente a una resolución desfavorable, o le arrebató de raíz la posibilidad de obtener una ganancia en el futuro”. GÓMEZ POMAR, Fernando: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, núm. 3, 2003, pps. 1 - 9; concretamente en página 6. Por su parte BORGHETTI sigue una línea casi idéntica, al considerar la pérdida de oportunidad un daño en sí misma, y como tal no un criterio de facilidad probatoria, sino una eventualidad a indemnizar. BORGHETTI, Jean – Sébastien: “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit français”, *European review of private law*, núm. 16, 2008, pp. 1072 - 1082; concretamente en página 1080. Opinión similar, pero algo más matizada mantiene SERRA RODRÍGUEZ, por la cual considera que la pérdida de oportunidad es un daño en sí misma, aunque admite que la mayoría de las veces se trata de una eventualidad dañosa de difícil identificación. SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano 2000, p. 224. Esta autora añade que a los efectos de que se observe la pérdida de oportunidad como un perjuicio y que consiguientemente sea indemnizado, es necesario que exista

27 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 - 226; concretamente en página 194.

¿Por qué resulta errónea esta opción por la cual la pérdida de oportunidad podría ser un criterio de facilidad probatoria? Porque la pérdida de oportunidad es un daño indemnizable en sí mismo, que forma parte de la causalidad y no del *onus probandi*. De lo contrario, no podría justificarse una reparación económica incompleta, es decir, inferior al 100%, ya que resulta contrario a los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

4. En base al amplio análisis doctrinal elaborado, es el momento de preguntarnos, qué es realmente la pérdida de oportunidad y proceder a su exposición. Hemos establecido las bases dogmáticas necesarias a fin de diferenciarla de figuras muy similares, y sin embargo los únicos conceptos que hemos consolidado hasta el momento han tenido naturaleza fáctica. Ni la jurisprudencia vacilante, ni la doctrina divergente han permitido delimitar con claridad la naturaleza de la pérdida de oportunidad. No obstante, nos reafirmamos en la idea de que se trata de una noción que no incide en la práctica probatoria, sino directamente en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el actor²⁹.

un elemento añadido, a parte de la posibilidad perdida, es decir, otra eventualidad dañosa. Aunque esta autora se centra en la responsabilidad civil del abogado al aplicar esta noción, podemos extrapolar esta afirmación al ámbito de Medicina, sin mayores complicaciones. Sigue esta misma línea CRESPO MORA, M^a. Carmen: *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2005, p. 365; e idéntica opinión muestra FORAN cuando señala que la pérdida de oportunidad conforma un daño por sí mismo “A well – known authority for the position of recognizing and valuing lost chance is Judge Pearson’s concurring opinion in *Herskovits v. Group Health Cooperative*. Judge Pearson criticized the increased risk of harm standard employed in the plurality opinion of the court. He aimed his criticism at the inappropriate relaxation of the standard of proof which accompanied the application of the increased risk of harm standard. As an alternative, Judge Pearson recommended that the plaintiff’s lost chance should be considered the injury. Moreover, he advised the court to apply the traditional standard of causation to determine whether the defendant’s negligence was the proximate cause of the plaintiff’s lost chance”. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest?... *op.cit.*”, concretamente en página 495. Por supuesto esta afirmación no está libre de críticas, y entre los principales detractores de la misma se encuentran VINEY y JOURDAN en VINEY, G., y JOURDAN, P.: *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París 2006, p. 74.

29 Autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ la han llegado a catalogar, a efectos demostrativos de su incidencia en la causalidad, como “una afrenta a la causalidad”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 - 26; concretamente en página 15.

A pesar de que se trata de una construcción doctrinal con un elevado margen de inseguridad, en la medida en que es cómoda y en ocasiones puede llegar a ser arbitraria, también es una vía para que la justicia material se abra paso, permitiendo que supuestos que en otras circunstancias no resultarían indemnizados, vean resarcidas sus pretensiones, a pesar de que no alcancen la certeza absoluta.

5. Este escenario genera el caldo de cultivo perfecto para provocar problemáticas serias y fundadas en torno a este concepto. La contingencia principal que podemos encontrar en la pérdida de oportunidad es el malestar doctrinal que genera su aplicación, al atentar contra los principios del ordenamiento jurídico español, así como contra la idea de reparación íntegra del daño, recogida en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil. Todo ello junto con lo señalado en el artículo 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, puede llevarnos a calificar esta indemnización como un resarcimiento intermedio de un perjuicio³⁰. Los preceptos mencionados

30 ALARCÓN PONCE se hace eco de otras críticas a esta figura, no tan arraigadas como la de la teoría del “todo o nada”. Por un lado señala que la pérdida de oportunidad contradice las afirmaciones del artículo 1.902 del Código Civil en lo relativo a la reparación íntegra del daño, al permitirse un juego de porcentajes en relación a la certeza de evitación del mismo. Por otro lado, incide esta autora en la posibilidad de que esta construcción doctrinal se torne un método a fin de conseguir indemnizaciones de manera sistemática, ya que cualquier error entrañaría una pérdida, y por lo tanto sería indemnizable. Huelga decir que estas consideraciones únicamente son posibles de aplicarse a la pérdida de oportunidad a ultranza, algo sobre lo que tanto la doctrina como los Tribunales han sido muy cautelosos. ALARCÓN PONCE, Antonia: “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 184, 2011, pp. 509 – 514; concretamente en página 510. Opinión compartida por GARCÍA HERNÁNDEZ, al propugnar el incalculable valor de la prudencia del juzgador y el apoyo de la doctrina, estimando que esta noción debe ser tratada con “extrema cautela”. GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, *Diario La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1512 – 1517; concretamente en página 1514. SÁNCHEZ CARO por su parte, estima que la mera prudencia de los Tribunales o las líneas generales establecidas por la doctrina no son suficientes, ya que los cimientos de la idea se asientan sobre tierra cenagosa. Propone este autor una actuación legislativa que permita un mayor grado de seguridad en lo que a la pérdida de oportunidad se refiere. SÁNCHEZ CARO, Javier: “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 121 - 126; concretamente en página 124. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN no se muestra tan alarmista frente a estos dos aspectos de la pérdida de oportunidad. Respecto de la no reparación íntegra del daño, sienta el autor las bases por las cuales la afección del paciente era preexistente a la atención médica, por lo que ésta no se provocó, de ahí que tampoco deba indemnizarse en su totalidad. Respecto de convertir la pérdida de oportunidad en una responsabilidad objetiva, al ser ésta una “indemnización sistemática”, este

afirman la necesidad de la existencia de una causalidad física, por lo que los menoscabos provocados deben ser reparados por quien los ha irrogado, y no por quien se sospecha que pudo evitarlos. De ahí que parte de la doctrina acuda a la expresión de “mentira técnica” para explicar esta figura³¹.

Partimos de una realidad fáctica, doctrinal y jurisprudencial por la cual para el resarcimiento de un daño antijurídico específico es necesaria la realidad del mismo, así como la existencia de un nexo causal entre éste y la actividad dolosa o culposa que provocó la contingencia. Con esta idea cualquier pretensión de acudir a la pérdida de oportunidad sería imposible, dado que el fundamento de esta construcción doctrinal se apoya en la existencia de un escollo que no permite al paciente el acceso a una prueba o a un tratamiento que podría haber evitado el resultado final. No existe un perjuicio directo, ni tampoco un nexo causal entre la actuación u omisión y el menoscabo, algo que dificulta mucho cualquier posibilidad de acceder a la indemnización del supuesto, salvo por la concurrencia de una noción como la presente³².

6. Por otro lado, tenemos el problema de los abusos de este concepto. De manera similar a lo que ocurre con el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad es cómoda y relativamente fácil de utilizar, pudiendo llegar a abarcar multiplicidad de supuestos de hecho. A fin de evitar caer en esta tentación, es necesario tener presente que la pérdida de oportunidad tiene carácter subsidiario, reservado para un tipo de casos en los que se comprueba la existencia de una actividad que potencialmente ha podido frustrar las expectativas de la víctima. Como posible solución,

autor evidencia que esta construcción doctrinal no incide ni en la antijuridicidad, ni en el elemento culpabilístico; de manera que se aleja de la responsabilidad objetiva. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: “La doctrina de la pérdida de oportunidad”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores): *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008, pp. 369 y ss.

31 GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ muestran una opinión contraria a esta idea, al considerar que no se trata de una mentira artificiosa, ni “técnica”, basándose en dos aspectos: por un lado el nexo causal no se da por probado, sino que se actúa “como si estuviese probado”; y por otro lado, no se trata de una imputación arbitraria, sino que se basa en indicios razonables y oportunidades reales y fundadas. A esto debe añadirse, que también ha de ser probado que el daño no se debe a ninguna otra causa. GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 196.

32 SISO MARTÍN, Juan: “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 154, 2008, pp. 764 - 767; concretamente en página 764.

debemos tener presente que esta idea únicamente debe utilizarse en aquellos litigios en los que hay dudas razonables en el nexo causal, esto es, cuando existe incertidumbre³³.

LUIS MEDINA apunta con mucho acierto que el principal obstáculo con el que se puede encontrar la pérdida de oportunidad es una “desmesurada potencialidad aplicativa”, pudiendo llegar a ser usada en la práctica totalidad de supuestos, sin una razón de ser clara o necesidad alguna. Este autor nos acerca dos posibles soluciones, por un lado, el carácter subsidiario del concepto, por lo que sólo debe acudir a éste cuando no quepa ninguna otra posibilidad; y por otro, que para servirse de esta construcción doctrinal es necesaria la existencia real y verificable de una posibilidad de evitar el daño, de haberse acudido al tratamiento o intervención pertinente³⁴.

CRESPO MORA acude a una idea similar al aseverar que los clientes de un abogado que olvida realizar un trámite o que no entrega un recurso a tiempo, pueden ver indemnizada su pérdida de oportunidad, siempre y cuando existiese algún tipo de posibilidad de vencer o de alcanzar el objetivo pretendido; en caso contrario no cabría reparación alguna. Alude concretamente a la necesidad de elaborar un “juicio dentro de un juicio”, que extrapolado a la responsabilidad sanitaria, puede llegar a asemejarse a la dinámica porcentual mencionada páginas atrás³⁵.

33 ASUA GONZÁLEZ encuentra el origen de este problema en la escasa atención que ha recibido esta construcción doctrinal desde su primera aparición en una resolución en el año 1998. Esta autora califica esta llegada como “discreta” y un desarrollo “sin pena ni gloria”, y consiguientemente no ha sido muy estudiada por la doctrina. Por ello estima la autora, que este concepto es traído a colación en ocasiones, sin una razón de ser clara, precisamente por la ausencia de una dogmática desarrollada al respecto. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*... *op.cit.*, p. 66.

34 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 197.

35 CRESPO MORA, M^a. Carmen: “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, pp. 207 - 313; concretamente en páginas 311 y 312. DE ÁNGEL YÁGÜEZ se muestra afín a esta idea de “un juicio dentro de un juicio” al apuntar que no es extraño que se plantee ante un Tribunal la pregunta de “qué habría ocurrido”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “La responsabilidad civil del abogado”, *Indret*, núm. 1, 2008, pp. 1 - 54; concretamente en página 40. MARTÍ MARTÍ nos acerca una opinión muy similar a la que tiene este autor sobre esta construcción doctrinal del “juicio dentro de un juicio” que él denomina “pleito del pleito”, en alusión a los supuestos de responsabilidad civil de abogados por pérdida de oportunidad. MARTÍ MARTÍ, Joaquim: “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la

7. Una de las corrientes doctrinales más desarrolladas entre las teorías detractoras de la pérdida de oportunidad es la “del todo o nada”, que podría calificarse como extrema. Centra la indemnización en el valor total del daño y nunca en un porcentaje, por lo que la pérdida de oportunidad no es compatible con esta idea. Tiene su fundamento en un elevado grado de optimismo jurídico, al basarse en la esperanza de que el curso de los acontecimientos resulte unívoco (se afirma o se niega enteramente si algo ha ocurrido o no). Ante la hipótesis de un posible daño, en el que existen tanto opciones a favor, como en contra, esta teoría aboga por la disyuntiva negativa y consecuentemente no se indemniza el caso. Se trata de una noción que históricamente ha negado o afianzado la indemnización, pero que jamás ha matizado una acción resarcitoria³⁶.

Las contradicciones con la pérdida de oportunidad se desprenden de la simple descripción de esta opción dogmática, ya que ésta tiene como base la incertidumbre de si de no haber mediado un hecho, se hubiera alcanzado una ventaja. Aplicando esta teoría “del todo o nada”, la pérdida de oportunidad no debe ser indemnizada, ya que no hay posibilidad de acreditar un nexo causal entre el perjuicio y la posibilidad perdida, tratándose de un daño eventual.

Por supuesto, las críticas contrarias a esta teoría no se han hecho esperar, destacando entre todas ellas la de MEDINA ALCOZ. Señala el mencionado autor, en primer lugar, que una doctrina de extremos como la “del todo o nada” resulta contradictoria, hasta el punto de vulnerar preceptos legales (como ocurre, por ejemplo con el artículo 7.2 de la Directiva 92/13 y la doctrina asentada de los Tribunales admitiendo esta figura). En segundo lugar, asegura que esta opción dogmática de extremos es un atentado contra el principio de justicia material, ya que hiere lo que éste denomina “sensibilidad justicial”,

responsabilidad civil del abogado”, *Diario La Ley*, núm. 7114, 2009, pp. 1 - 9; concretamente en página 2.

36 TRUCKOR la define de manera muy acertada “Jurisdictions that continue to adhere to the “all or nothing” approach do so base on the rationale that the loss of chance doctrine is at odds with “the requisite degree of medical certitude necessary to establish a causal link between the injury of a patient and the tortious conduct of a physician”. This reasoning is based on the idea that liability cannot be assigned based on the *mere possibility* that the defendant’s negligence was the cause of the harm. However, while the “all or nothing” approach preserves traditional causation rules, this standard’s rigidity poses unacceptable hurdles for loss of chance plaintiffs”. TRUCKOR, Michelle L.: “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, *University Dayton Law Review*, núm. 24, 1998, pp. 349 - 373; concretamente en página 362.

al no contemplar supuestos en los que el nexo causal es prácticamente una realidad, pero indemostrable a ciencia cierta. La única justificación que tiene la admisión de una teoría como la presente, a juicio de este autor, se fundamenta en su eficiencia económica, virtud que queda ensombrecida por su visión incompleta del Derecho³⁷.

8. Es de recibo añadir que teorías como la presente, además de con voces discordantes, cuentan con sus propias doctrinas detractoras. Ejemplo de ello son las opciones ontológicas y de la causalidad probabilística.

La primera de las corrientes conceptuales considera que la pérdida de oportunidad es el menoscabo real sobre un bien, pero éste no se identifica con la supuesta ventaja final frustrada. Al no poder traducirse en el resultado dañoso, tampoco puede barajarse ni el daño emergente, ni el lucro cesante. ¿Cuál es el perjuicio indemnizable? La ocasión perdida, esa posibilidad o beneficio que, de acuerdo con esta teoría, es susceptible de valoración económica³⁸.

Por otro lado, la causalidad probabilística es muy similar a la del “todo o nada”, pero propone una identificación parcial o relativa, ya que según ésta, la pérdida de oportunidad es un sistema de responsabilidad añadido que permite la indemnización de casos en los que cabe la posibilidad de que el actor no haya sido el causante del daño. Esta teoría parte de la “incertidumbre razonable”, pero nunca “metafísica”, por su alto grado de inseguridad, llegando a admitir

37 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...*, *op.cit.*, páginas 338 a 342. Autores como YONG y RODRÍGUEZ YONG consideran que la aplicación de la figura “del todo o nada” provoca situaciones alejadas del concepto de justicia “Desde una perspectiva general, la admisión de una doctrina sobre la pérdida de una chance obedeció a razones de equidad, ya que la injusticia del nexo de causalidad del todo o nada dejaba sin indemnización muchos casos que eran dignos de ser indemnizados. En este sentido, la teoría de la pérdida de oportunidad procuraba “una solución equilibrada acorde con los dictados de la justicia a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado”. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 6.

38 La crítica a este tipo de ideas se centra en la desviación que provocan al partir de un daño etéreo, no en vano no se utiliza la técnica de la pérdida de beneficio final, sino la ventaja en sí como daño resarcible. Para los precursores de esta noción no existe ningún argumento que pueda justificar la no indemnización de asuntos en los que se ve envuelta la pérdida de oportunidad, al considerarse la pérdida de expectativas un elemento indemnizable por sí mismo, no requiriéndose la certidumbre del beneficio perdido.

la “dosificación” de la reparación del daño, en función de un cálculo probabilístico que incide en la causalidad de la realidad. La base la hallamos en que ésta desarrolla una subdivisión entre responsabilidad total (como perfecta y sin problemas de causalidad) y responsabilidad parcial, cuando únicamente se trata de una posible causación del daño.

2.2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

1. La Medicina no es una ciencia exacta y como tal cuenta con amplios márgenes de error que pueden llevar a situaciones insólitas, como lo puede ser la sanación y supervivencia a una afección grave y prácticamente incurable, o el fallecimiento por una intervención de escasa relevancia o como consecuencia de pequeñas heridas o lesiones.

2. El escenario base para la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria sería el de un paciente que acude a un hospital (bien por urgencia, bien por una consulta habitual), requiriendo la práctica de una prueba o tratamiento concreto, a fin de mejorar o sanar de una enfermedad que padece. Sin embargo y por cuestiones azarosas, no se puede acudir al medio diagnóstico en cuestión. Ello provoca que el paciente no pueda ser atendido a tiempo, produciéndose o el fallecimiento del mismo o el empeoramiento irreversible de su salud. Si bien cabe la posibilidad de que aun practicándose la prueba, el padecimiento no hubiese sido detectado, o que incluso conociéndose la patología, ésta no podría haber sido tratada; existe una certeza: el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas prácticamente a cero.

Es precisamente en este punto en el que se plantea la hipótesis de la pérdida de oportunidad: la causalidad física no permite hallar una conexión directa entre la posible actuación dañosa y el resultado final. La duda estriba en si un acto concreto ha podido ser el origen del daño final o no, y de aplicarse la doctrina de la responsabilidad civil de manera estricta, no cabría la posibilidad de indemnizar supuestos de hecho como el anteriormente comentado, algo que en algunos casos sería un atentado contra la justicia material. MEDINA ALCOZ es esclarecedor cuando se pronuncia sobre esta cuestión “La doctrina de la pérdida de oportunidad propugna el libramiento de un resarcimiento cuando queda acreditado, no que mediará el nexo físico de causalidad, sino, simplemente,

que las probabilidades de obtención de una ventaja fueran reales, serias o considerables”³⁹.

De las palabras de este autor se desprende que es necesario desarrollar un razonamiento inductivo sobre la causalidad material, que se traduce en un juicio previo que sirve a los efectos de discernir si la oportunidad perdida es circunstancial o tiene bases sólidas, y consecuentemente debe ser resarcible. Todo esto se realiza en casos como el ejemplo anteriormente mencionado, en el que no se dan todos los ingredientes de la responsabilidad civil, sobre todo el elemento causalidad. Ello deriva, de acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, de que el conocimiento que el ser humano llega a alcanzar de la realidad es imperfecto, característica que se ve incrementada en los procesos judiciales; por lo que este autor considera que figuras como la pérdida de oportunidad y la prueba de presunciones, entre otras, forman parte de nuestra doctrina y jurisprudencia⁴⁰. El autor da un paso más y añade que estas ideas podrían considerarse técnicas a las que acude el juzgador cuando su sensibilidad jurídica queda maltrecha ante la objetividad de los hechos⁴¹.

La incidencia que la pérdida de oportunidad tiene sobre la causalidad es prácticamente su estandarte. Partimos de un escenario fáctico por el cual el perjuicio final no viene motivado por la actuación médica,

39 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 315.

40 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 81.

41 No obstante, este autor señala límites, y divide en dos grupos las posibilidades resarcibles, por un lado las que denomina “pérdida de una ilusión” y por otro “dignidad de la chance”. La primera de las opciones la conformarían aquellos supuestos en los que la pérdida de oportunidad no es sólida, sino únicamente circunstancial, de ahí el calificativo “ilusión”. La segunda de las figuras alude a la “dignidad” del concepto, refiriéndose a la consistencia de la oportunidad perdida, debiendo entenderse que prácticamente roza la rigurosidad de las exigencias de causalidad, sin llegar a alcanzarlas. A lo que añade este autor “La doctrina de la oportunidad perdida auxilia a la víctima que acredita una etiología posible, pero sólo cuando no pueda imputársele la ausencia de la información con que podría averiguarse si hubo o no efectivamente lazo causal. Se aplica así en supuesto de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. No se aplica cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más seguro en torno a la existencia del lazo causal)”. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 99.

sino que la eventualidad dañosa se ve desplazada hacia los márgenes de probabilidad del supuesto. Se trata de un trasvase del escenario de hechos al Derecho, que obliga a romper las reglas clásicas de la causalidad e incluir valoraciones casuísticas en presupuestos jurídicos⁴².

2.3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad

1. Ante un menoscabo en materia sanitaria, el paciente se encuentra en una clara situación de desigualdad, tal y como ocurre en los supuestos de aplicación de la figura del daño desproporcionado. Es importante tener presente que la víctima carece de conocimientos científicos en Medicina, lo que le dificulta mucho su capacidad probatoria frente a un hospital o médico concreto. Dicha desventaja puede provocar que casos susceptibles de indemnización escapen al control judicial.

La pérdida de oportunidad permite una presunción de la que se puede desprender que la no actuación o el despliegue negligente de actividades, privó a la víctima de un beneficio. En virtud de ello, se inicia un juego de porcentajes que posibilita que la indemnización se incremente o disminuya, pero que jamás alcance el 100% del daño final. El porcentaje 100% requiere la plena certeza, algo de lo que se carece en el caso de la pérdida de oportunidad, ya que se trata de una noción basada en suposiciones y en la que se parte de la hipótesis de que se desconoce cuál hubiese sido el desarrollo de los acontecimientos.

2. ASUA GONZÁLEZ resume esta idea en dos puntos de vital importancia para la pérdida de oportunidad. En primer lugar, la autora invoca el sentido de justicia, a fin de comprender la admisión de este concepto, en el sentido de que la utilización de algunas doctrinas como la del “todo o nada” hieren este principio, al resultar indemne una actuación potencialmente dolosa, culposa o negligente, que ha provocado un daño en una víctima; simplemente por la dificultad probatoria. En segundo lugar, esta autora

42 De manera similar se pronuncia RUBIO TORRANO “De acuerdo con ella, no puede establecerse una relación de simetría entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente, puesto que aquélla simplemente disminuye las probabilidades de curación o supervivencia, esto es, una pérdida de oportunidades para el paciente, que el Tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, pero tomando directamente como base para la valoración el daño a la salud del padecido”. RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”... *op.cit.*; concretamente en página 55.

acude al concepto de “asimetría probatoria”, en virtud del cual evidencia una desigualdad entre la situación procesal en la que se encuentra la víctima, frente a la del médico⁴³.

LUNA YERGA insiste en un aspecto para el que resulta clave la pérdida de oportunidad, “los daños pasivos”. Estos perjuicios son los que se producen por errores de diagnóstico y omisiones de tratamiento, por lo que no media una actividad médica dañosa, algo que hace que la necesidad de una construcción doctrinal como la pérdida de oportunidad se muestre más que evidente. Entendemos que con estos “daños pasivos” este autor se refiere a la frustración de expectativas, algo de difícil prueba, en virtud de lo cual sería necesario acudir a figuras como la presente⁴⁴. La imposibilidad de acreditar una circunstancia no implica que ésta no sea real o por lo menos que haya una sombra de sospecha. Por ello la pérdida de oportunidad es útil para conectar indicios y circunstancias desconocidas, desde las máximas de la experiencia⁴⁵.

GALLARDO CASTILLO da un último giro justificativo para argumentar que la pérdida de oportunidad trasciende de la cuestión probatoria y causal: el principio básico de la responsabilidad, la reparación del daño⁴⁶.

43 En base a esta última afirmación ASUA GONZÁLEZ señala que la admisión de esta noción depende del sistema de acogida de probabilidad de cada ordenamiento jurídico, ya que en países donde el nivel de exigencia sea elevado o estricto, la aplicación de esta figura sería imposible. A lo que añade que con ello se vulneraría el principio básico de la responsabilidad civil, que es precisamente resarcir el daño sufrido, ya que resultarían incólumes muchos casos en los que la lesión es una realidad y la actuación dañosa también, a pesar de las incapacidades probatorias. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 69.

44 LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica – sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 38.

45 GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 45. No obstante, esta autora asevera que para poder acudir a este concepto, previamente el perjudicado ha tenido que agotar todas las vías probatorias posibles, y una vez que se compruebe que a pesar del esfuerzo la causalidad no se encuentra lo suficientemente demostrada, es cuando se podrá utilizar la pérdida de oportunidad.

46 A pesar de que el principio básico de nuestro sistema de responsabilidad civil hunde sus raíces en la subjetividad y en la causalidad, existe una máxima por la cual la importancia de la lesión se ve apartada por el concepto de reparación del daño; es decir, se le otorga una posición preminente al resarcimiento del menoscabo en sí mismo, independientemente de la lesión, lo que nos permite entrever la posibilidad de que la contingencia no reciba un resarcimiento del 100%. Esta dinámica tiene su origen en el proteccionismo del particular que ha sufrido el daño, en virtud de lo cual la doctrina del Derecho civil se ha modificado profundamente. GALLARDO CASTILLO, María

Igualmente interesantes son las afirmaciones de GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ sobre esta cuestión, al apuntar que la razón de ser de esta idea radica en corregir las consecuencias de la incertidumbre. De tal forma que, aún no quedando probada la causalidad, si se evidencia la existencia de una oportunidad con peso, que se perdió como consecuencia de una actuación médica, cabe el reproche del caso⁴⁷.

Como conclusión podemos extraer, que a pesar de que esta figura es similar a otra cuya finalidad es la de allanar la actividad probatoria (daño desproporcionado), este concepto forma parte nexo causal, facilitando esa actividad inductiva de hallar una relación entre el daño sufrido (la pérdida de oportunidad) y la actuación u omisión.

2.4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad

1. La naturaleza de la pérdida de oportunidad, que tiene su origen en las dificultades de la causalidad, hace que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan afanado en la búsqueda de figuras afines, cuya finalidad sea prácticamente idéntica: intentar paliar las desigualdades propias del proceso judicial, a fin de lograr un procedimiento más garantista. Vamos a elaborar un breve análisis de aquellas construcciones doctrinales similares a la pérdida de oportunidad, como lo son la prueba de presunciones y la teoría del aumento del riesgo.

En primer lugar, la *prueba de presunciones* se caracteriza por ser un recurso probatorio de amplio espectro, que puede utilizarse en todo tipo de procedimientos en los que exista algún tipo de dificultad de prueba. Su función es sencilla, al librar a la parte

Jesús: “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”... *op.cit.*; concretamente en página 2140. La justificación que propugna AAGARD es prácticamente idéntica a la de los autores que ahora hemos analizado “The loss of **chance** doctrine addresses the perceived injustice of the traditional doctrine by recognizing a potential cause of action in any case in which the defendant’s negligent conduct decreased the plaintiff’s **chance** of recovery from a preexisting condition. Thus, the loss of **chance** doctrine gives a cause of action to the hypothetical plaintiff whose doctor’s negligence decreased her likelihood of survival from thirty-five percent to twenty percent”. AAGARD, TODD S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, *Michigan Law Review*, núm. 96, 1998, pp. 1335 – 1361; concretamente en página 1492.

47 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 194.

obligada de la carga de demostrar la causalidad, se permite al Juez valorar la certeza de un hecho tomando como base indicios razonables. De esta forma se hace posible la conexión del daño con los hechos del litigio, fundamentándose en las reglas de la experiencia.

En segundo lugar, *la teoría del incremento del riesgo* sigue una línea prácticamente idéntica a la de la construcción doctrinal anteriormente comentada, ya que pretende favorecer la prueba del nexo causal. No obstante la similitud entre ambas técnicas, el origen de ésta última tiene una naturaleza distinta, dado que parte del dato objetivo de que la parte demandada ha incrementado el riesgo o las posibilidades de lesión con sus actuaciones. Esto provoca que la dinámica probatoria habitual resulte relajada, en la medida en que se entiende que ha existido una actuación de escasa diligencia, e incluso imprudente o dolosa por parte del demandado, que se refleja en el resultado final y que muy probablemente ha sido la causa directa del daño. En virtud de estas circunstancias, la parte actora encuentra allanado el camino probatorio en materia de causalidad⁴⁸.

2. ¿Cuál es la diferencia entre estos dos conceptos y la pérdida de oportunidad? La finalidad de esta última idea es la de otorgar una indemnización, o por lo menos un porcentaje de la misma, sobre una expectativa frustrada o posibilidad perdida. Así, mientras que las anteriormente mencionadas nociones son utilizadas por el juzgador para aquellos supuestos de hecho en los que la causalidad es difícil de demostrar, la pérdida de oportunidad, si bien puede aplicarse también en este tipo de asuntos, tiene otro campo de acción, como lo es la imposibilidad de acreditar la existencia de un nexo causal. Parece que el elemento diferenciador se centra en que la pérdida de oportunidad es una figura a la que acude el Juez cuando valora potencialmente las posibilidades que ha visto frustradas la víctima, y que ante su incapacidad probatoria, subsana dichas excepciones con la utilización de esta técnica. A esto debemos añadir, que mientras que en las figuras anteriormente comentadas, la vertiente dañosa conforma un daño real y efectivo, en la pérdida de oportunidad el resultado final no es el indemnizado, sino la pérdida de expectativas.

48 De acuerdo con las afirmaciones de FORAN a este respecto, en primer lugar el actor debe demostrar que la actuación negligente por parte del médico efectivamente ha aumentado sus posibilidades de sufrir un daño, y en segundo lugar, que la actividad en cuestión ocasionó, no sólo dicho acrecentamiento, sino que también fue un factor principal en la causación final del daño. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”... *op.cit.*; concretamente en página 490.

2.5. El daño resarcible

1. El daño resarcible en la pérdida de oportunidad abarca todo un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual (como bienes extracorporales), pasando por el agravio a los bienes de la personalidad, siendo éstos últimos los más habituales, por conformar un atentado contra la vida o la integridad física de la víctima⁴⁹.

49 LUNA YERGA aborda el daño en la pérdida de oportunidad de la siguiente manera “El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso”. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 5. De una forma muy similar se pronuncia GARCÉS – GARRO RANZ “La doctrina de la pérdida de oportunidad permite obtener un *quantum* indemnizatorio por los tipos de daños acaecidos, ya sean de carácter patrimonial, personal o moral, evaluándolos desde el concepto de daño actual, el cual se configura como un daño que debe tener el carácter de apreciable y evaluable en el momento actual, con lo que podrá cuantificarse tanto el daño pasado como el futuro”. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 43. Doctrina apoyada por AAGARD, que asevera que los daños indemnizables son los siguientes “A defendant doctor whose negligent misdiagnosis deprives a plaintiff of a **chance** to recover from a preexisting condition potentially has caused several different types of compensable harms. Five categories of harm potentially occur in a **lost chance** case: the ultimate harm, the **lost chance** of survival itself, increased physical pain and other physical losses, emotional losses, and consequential damages such as additional medical costs”. AAGARD, Todd S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”... *op.cit.*; concretamente en página 495. Por su parte LLAMAS POMBO se muestra bastante cauteloso y crítico cuando trata la cuestión del daño en la pérdida de oportunidad. Apunta este autor que únicamente debe acudirse a esta construcción doctrinal a los efectos de indemnizar aquel menoscabo que se desconoce si se produciría o no, esto es, cuando existe la más absoluta indeterminación. Basa su afirmación en dos extremos, ya que si se conoce que el perjuicio se hubiese evitado, no tiene sentido acudir a la pérdida de oportunidad, sino que debería indemnizarse la totalidad del supuesto. Contrariamente, si las posibilidades eran muy remotas, el daño no debería ser objeto de indemnización, por lo que concluye este autor señalando que la pérdida de oportunidad debe limitarse a supuestos marcados por la imprecisión, esto es, que se desconozca si se hubiese producido o no el daño. LLAMAS POMBO, Eugenio: “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” ...*op.cit.*; concretamente en página 2. Opinión compartida por MEDINA ALCOZ, al señalar éste que una alta probabilidad de evitar el daño debe traducirse en la existencia de un nexo causal y consiguientemente, la pérdida de oportunidad no sería necesaria. Otro tanto ocurriría en supuestos de éxito muy limitado, de ahí que esta noción deba limitarse a litigios en los que exista incertidumbre sobre su viabilidad. MEDINA ALCOZ, Luis: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 47, 2009, pp. 107 - 158; concretamente en página 123.

2. La naturaleza del daño patrimonial es clara, así como su materialización en la pérdida de oportunidad, pudiéndose observar en los supuestos en los que ésta se encuentra relacionada con procedimientos judiciales o concursos. En estos casos una actuación negligente de un abogado o procurador puede provocar en el actor un daño patrimonial subdividido en un lucro cesante y daño emergente.

El atentado moral y espiritual se materializa en un perjuicio provocado en bienes extracorporales, que puede traducirse en el sufrimiento, preocupación o malestar que puede ocasionar la frustración de una oportunidad. Opción que puede materializarse en la práctica totalidad de vertientes de la pérdida de oportunidad.

Por último, la agresión contra los bienes de la personalidad, como lo son la vida y la integridad física, es el aspecto clave a fin de adaptar la pérdida de oportunidad a la responsabilidad sanitaria.

3. Huelga señalar que es necesario aplicar estas tres vertientes dañosas al ámbito sanitario. El daño contra la incolumidad física del paciente conforma uno de los ejes de la pérdida de oportunidad, debiendo observarse desde dos perspectivas. Por un lado, la del daño emergente, como lo es la materialización real de una contingencia como consecuencia de una omisión o una actuación negligente (pérdida de un miembro por la falta de tratamiento de un herida, por ejemplo). Por otro lado, el lucro cesante entraña una mayor complicación, dado que se encuentra envuelto por una sombra de incertidumbre añadida a la de la propia construcción doctrinal. Podría entenderse como el daño futuro posible aún no materializado, pero que como consecuencia de una actividad médica se ha incrementado la posibilidad de que éste se produzca. Imaginemos un caso en el que un paciente ha sido sobreexpuesto a radiación, por ejemplo, aumentándose así las posibilidades de que éste, en un futuro, sufra una patología relacionada con este incidente aislado. Por supuesto, las dificultades inherentes a esta vertiente dañosa son múltiples, ya que la actividad probatoria se encuentra recrudescida; a lo que deberíamos añadir, que por razones obvias, la indemnización debería otorgarse en el momento en el que el daño fuese real, y no cuando se produjese la actividad negligente, ya que la incertidumbre no permitiría opción indemnizatoria alguna⁵⁰.

50 MEDINA ALCOZ acude a los vocablos de *lucro captando* para hablar del lucro cesante y *damno vitando* en relación al daño emergente. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y*

La segunda de las vertientes, la de los daños a los bienes extracorporales, tiene una aplicación muy similar en la responsabilidad sanitaria a la de cualquier otra opción dañosa. En esta ocasión se traduciría como la angustia o sufrimiento que padece la víctima como consecuencia de ver sus expectativas frustradas, o en el caso del lucro cesante, la preocupación e incomodidades que puede comportar la incertidumbre por una posible enfermedad futura, como consecuencia del actuar médico⁵¹.

El último de los aspectos a mencionar es el patrimonial, en el cual volvemos a encontrarnos ante la división del daño emergente y el lucro cesante. Como daño emergente podríamos considerar aquel que se provoca al paciente como consecuencia de los

días de inactividad o tratamientos que éste ha tenido que desembolsar. En lo que al lucro cesante respecta, debemos situarnos en un escenario distinto, como lo sería por ejemplo, la pérdida de ganancias posibles que una persona deja de obtener, como consecuencia de la lesión sufrida, que le imposibilita para su trabajo. El ejemplo clásico y el más evidente, sería el de un músico, pianista por poner un ejemplo, que como consecuencia de una atención deficiente tras una fractura en una de sus manos, pierde parte de la movilidad de los dedos, resultando imposibilitado para el ejercicio de su trabajo. El lucro cesante lo encontraríamos en el revés económico y profesional sufrido por éste, en su ámbito laboral⁵².

III. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO

En la segunda parte de este trabajo se procederá a aplicar todo lo analizado a lo largo de las anteriores páginas sobre la pérdida de oportunidad a la casuística concreta. Para tal fin se efectuará un examen jurisprudencial de en algo más de una década de resoluciones (desde el año 2000 hasta prácticamente la actualidad) que se hayan pronunciado sobre esta materia concreta, utilizando como único medio de organización, la afinidad fáctica de los distintos casos.

Iniciaremos este apartado con supuestos en los que la pérdida de oportunidad viene provocada por la falta de realización de una prueba diagnóstica, seguido por litigios en los que la problemática se basa en la práctica tardía de actividades de diagnóstico, continuando con casos de pérdida de oportunidad por no efectuar un tratamiento a tiempo, pasando por aquellas resoluciones en las que una pérdida de oportunidad se entrelaza con un error de diagnóstico; finalizando con el análisis de aquellas controversias en las que se exige responsabilidad por una pérdida de oportunidad en actos médicos relacionados con alumbramientos.

3.1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias

La temática del apartado que estudiaremos a continuación es bastante sencilla, ante la necesidad de un

jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit., p. 74.

51 El daño moral ya se apuntaba en el año 1998 como uno de los potenciales daños de esta figura, dado que además de la probabilidad frustrada, el abanico dañoso provocado al paciente era mayor, de ahí la necesidad de acudir a una eventualidad más, como lo es el daño moral, que podría traducirse en la incertidumbre o angustia que ha generado esa situación en la persona que ha perdido una posibilidad de éxito por una actitud negligente. ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: "La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp 1 - 2; concretamente en página 2. ARCOS VIEIRA, en una línea similar, considera que precisamente ésta, la del daño moral, es la única de las vertiente indemnizables más clásica de la pérdida de oportunidad "De hecho, la imposibilidad de prueba del nexo causal en estos casos – entre la situación actual del demandante, que éste considera perjudicial, y una acción u omisión del demandado – explica que la doctrina se haya replanteado cuál sea realmente el daño invocable, entendiéndose que lo constituye estrictamente la pérdida de una *oportunidad*, respecto de la cual parece que cabe aplicar con mayor facilidad la teoría de la *conditio sine que non*. Lo que, en el fondo, supone resolver el problema de la relación de causalidad a costa de complicar el de la determinación y posterior valoración del daño, porque en realidad la oportunidad perdida no es sino una «partida» -aunque, frente a otras, más fácilmente – del concepto más amplio de daño moral – en el sentido de daño no susceptible de valoración económica". ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2005, p. 55. Por su parte XIOL RÍOS, con una teoría muy similar a la seguida por ARCOS VIEIRA, asegura que si bien es cierto que el daño moral puede ser considerado uno de los perjuicios de la pérdida de oportunidad, no puede equipararse, tal y como la doctrina clásica hacía. Con esta vía argumentativa se conseguía, aunque forzosamente, superar los obstáculos que presentaba la causalidad. En este asunto la pérdida de oportunidad ostentaba un papel secundario y de mero maquillaje. Este autor acude a una serie de argumentos lógicos a fin de negar esta relación, partiendo en primer lugar del hecho de que la existencia de un bien o un derecho indemnizable no puede depender de la efectiva concurrencia de un nexo causal; en segundo lugar, la mera privación de una actuación no puede considerarse un daño resarcible, sino el perjuicio derivado del mismo, algo que no ocurre si adoptamos la forma de la pérdida de oportunidad. XIOL RÍOS, Juan Antonio: "El daño moral y la pérdida de oportunidad"... *op.cit.*; concretamente en página 14.

52 YZQUIERDO TOLSADA pone especial énfasis en diferenciar el lucro cesante del daño propio de la pérdida de oportunidad, tal y como señala este autor, no es lo mismo la incertidumbre sobre un eventual beneficio futuro que podría haberse llegado a obtener, que la certeza de la pérdida de una posibilidad real existente. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998"... *op.cit.*; concretamente en página 538.

diagnóstico, un paciente ve dificultada la prueba a la que es necesario someterle, bien por una negligencia o una cuestión del azar; hasta el punto de que ésta no llegar a practicarse, con graves consecuencias para su salud.

3.1.1. Supuestos en los que la figura fue estimada

1. La primera de las resoluciones es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007⁵³. En este litigio un hombre acudió a un hospital aquejado de una angina de pecho, siendo ingresado en la unidad coronaria del centro sanitario en cuestión. Se comenzó un tratamiento farmacológico, que de acuerdo con los protocolos establecidos en el sanatorio, no debía superar las 78 horas si el paciente seguía aquejado de los mismos dolores o su situación coronaria no mejoraba. Dado que el estado del enfermo no evolucionaba como debía, el equipo médico observó la necesidad de practicar una coronariografía de urgencia, a fin de diagnosticarlo y actuar con rapidez, dado que ya se había aguardado un tiempo de espera prudencial.

A pesar del apremio, la coronariografía en cuestión no pudo llegar a practicarse, por no encontrarse el servicio a disposición del personal sanitario. Ello entrañó una tardanza innecesaria en el diagnóstico, lo que provocó que el paciente no pudiese ser tratado a tiempo, abocando ello en una compleja intervención a la que tuvo que someterse de manera urgente, que sin embargo no logró frenar un infarto de miocardio que acabó con la vida del enfermo.

En base a las circunstancias antedichas, la familia del fallecido pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la muerte del enfermo, siendo sus pretensiones inadmitidas en primera instancia y parcialmente admitidas en apelación. En virtud de la situación, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Es necesario tener presente que se trata de un paciente que acudió a un centro sanitario aquejado de una angina de pecho, es decir una situación de gravedad, y que siguiendo los protocolos hospitalarios permaneció bajo tratamiento y en observación, durante un periodo de 48 a 78 horas. Ante la falta de una mejoría visible, se optó por efectuar una práctica diagnóstica drástica que permitiría obtener un resultado

certero, o por lo menos atisbar el grado de la lesión, a los efectos de poder iniciar un tratamiento o programar una cirugía. De acudirse a ambos medios (prueba y tratamiento) no existía una certeza de curación, aunque sí un mínimo de posibilidades. No obstante, cualquier probabilidad de sanación se perdió por la imposibilidad de someter al paciente a la prueba en cuestión. Lo que se tradujo en una actuación a ciegas, que no evitó el fallecimiento del enfermo por un fallo cardiaco.

De estas últimas líneas podemos extraer la esencia misma de la noción de la pérdida de oportunidad, la concurrencia de una interrupción azarosa en la relación médico - paciente que provoca un desenlace fatal, como lo es el fallecimiento de éste último. En esta misma línea parece pronunciarse el juzgador “La sentencia no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo y ello constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, que a la postre fue determinante de la posterior evolución del paciente, sin que esta relación de hechos fundamentan el criterio de imputación haya sido combatida mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de la que se considera infringida”⁵⁴.

El daño del caso que nos ocupa no fue provocado por la actuación u omisión sanitaria que sufrió el paciente, sino que éste ya se encontraba en un estado grave. De las palabras del Alto Tribunal se desprende precisamente esto, que aquello que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo por un fallo cardiaco, no en vano él llegó al centro de salud aquejado de una angina de pecho. La reparación por pérdida de oportunidad recae sobre el retraso de diagnóstico y tratamiento que sufrió el paciente, como consecuencia de que no le fue practicada una prueba que resultaba de vital importancia para su diagnóstico⁵⁵.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007... *op.cit.*

⁵⁵ En una línea prácticamente idéntica se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6209/2009, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 579/2011, ponente Pico Lorenzo).

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007, Sala Primera, recurso 3360/2000, ponente Seijas Quintana.

2. La segunda de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007⁵⁶, puede ser una de las más esclarecedoras, en la medida en que la pérdida de oportunidad se manifiesta inequívocamente. Un paciente acude a un centro médico cercano a su localidad de residencia derivado de urgencias, sobre las cuatro de la mañana, por presentar una isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de la arteria iliaca. Ante la imposibilidad de establecerse la etiología del cuadro que presentaba, se optó por la vía más correcta y rápida, como lo era la práctica de una arteriografía, la cual debía efectuarse con urgencia y en un plazo máximo de 20 horas desde el ingreso del enfermo. Esta técnica es la más idónea, en la medida en que puede arrojar un diagnóstico concluyente y permitir un tratamiento rápido. Aunque el facultativo que debía practicar la mencionada prueba se encontraba en su día de descanso, acudió al centro sanitario cuando fue llamado, dada la urgencia del supuesto. Sin embargo, esta actuación resultó infructuosa, por no encontrarse el equipo de personal auxiliar complementario necesario para realizar el acto médico, debido a que era fin de semana. Este sanatorio no prestaba este servicio de manera ininterrumpida, ya que los fines de semana no había personal a tal efecto. A pesar de la imposibilidad material de practicar la arteriografía, no se optó por una medida drástica que solucionase la situación, como lo podría haber sido el traslado del paciente a otro hospital, donde esta prueba habría podido practicarse. La falta de tratamiento provocó el fallecimiento del enfermo por una disección de la aorta⁵⁷.

Ante las circunstancias antedichas los familiares del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, no así su recurso de apelación, que resultó parcialmente estimado ante la Audiencia Provincial competente; a pesar de lo cual, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es un buen ejemplo de la pérdida de oportunidad y su juego de porcentajes. Comentábamos algunas páginas atrás que los márgenes de probabilidad en los que se mueve la pérdida de oportunidad, a pesar de las divergencias doctrinales existentes, son del 55% y del 45%. Ahora bien, autores

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1007/2000, ponente Montes Penadés.

57 De haberse practicado la arteriografía se hubiese detectado la disección de la aorta que se sospechaba que padecía el paciente y se habría podido actuar en consecuencia. Se colige de la literatura médica aceptada, que dado el cuadro que presentaba el paciente, bien mediante cirugía cardiaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito se encontraban acotadas a un máximo del 20%.

como DE ÁNGEL YÁGÜEZ optan por una mayor discrecionalidad en lo que los porcentajes se refiere. Prueba inequívoca de la idoneidad de esta opción es la sentencia que nos ocupa, donde el porcentaje de éxito ronda el 20% y aun así el recurso fue estimado.

Aunque la pérdida de oportunidad parece poder enterearse en la práctica totalidad de la sentencia, lo cierto es que el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse sobre la misma, acudiendo en su lugar a una omisión de medios⁵⁸.

No obstante lo señalado, lo cierto es que consideramos que la pérdida de oportunidad está latente en la práctica totalidad del supuesto. Un paciente acude a un hospital derivado de un centro de asistencia primaria con un diagnóstico de gravedad, ya que a fin de hallar el origen de su dolencia era necesaria la práctica urgente de una prueba de cierta complicación, requiriéndose personal especializado. A pesar de que el facultativo que debía efectuarla no se encontraba trabajando, debido a la urgencia se prestó rauda para su realización, una actuación loable que resultó infructuosa, por no ocurrir lo mismo con el resto del personal auxiliar. Encontramos precisamente en este punto la manifestación misma de la noción de la pérdida de oportunidad, en la medida en que, a pesar de que el enfermo requería una actuación rápida a los efectos de salvar su vida, o por lo menos para mejorar su salud, ésta no puede llegar a practicarse por una cuestión azarosa que incidió desfavorablemente en la relación médico – paciente.

De los hechos se desprende, que si bien es cierto que no existía certeza alguna de sanación, y que tal y como se menciona en el relato, la posibilidad de mejora no superaba el 20%, no practicar la prueba necesaria y la consiguiente imposibilidad de actuar, incidieron en la situación del paciente; condenándolo a carecer de cualquier probabilidad de sanación, o cuanto menos, de tratamiento.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001⁵⁹ sigue una línea prácticamente

58 Concretamente asevera sobre la omisión de medios lo siguiente “En vista de la concreta actuación del profesional demandado, de la situación del paciente y de las posibilidades terapéuticas que ponen de relieve los informes periciales, parece que imputar al demandado el daño que supone la muerte del paciente parece excesivo en relación con la omisión no de una prueba diagnóstica, que el médico no podía llevar a cabo, sino con la omisión de una indicación de traslado a otro centro en que la prueba se pudiera realizar cuando la disección aórtica no era ni probable, sino meramente, “no descartable””.

59 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, Sala Tercera, recurso 4596/1997, ponente González Navarro.

idéntica a la de las controversias anteriores. En este asunto D. Luis María ingresó en el Servicio de Urgencias de un hospital cercano a la localidad donde residía, sobre las doce del mediodía, aquejado de un fuerte dolor en el tórax. Se le practicó un estudio analítico y un electrocardiograma, de los que se dedujo la posibilidad de que padeciese un posible aneurisma aórtico. Dada la situación, era necesario someter al paciente a una artografía, que sin embargo no pudo efectuarse porque no había angiólogo de guardia.

Se intentó paliar esta dificultad con un TAC, que arrojó un resultado negativo, que después se calificó como “falso negativo”. Casi cinco horas más tarde se consiguió la confirmación del diagnóstico por vía de otra práctica probatoria, una ecocardiografía, que permitió diagnosticarle de aneurisma aórtico disecante.

Con estos datos, tanto el médico que le había atendido desde un primer momento, como el que había practicado la prueba, acudieron a un quirófano donde se encontraban operando los miembros del equipo cardiovascular del hospital (otro caso de aneurisma aórtico). Éstos señalaron, que dado que tendrían que finalizar la intervención que se encontraban desarrollando, sería preferible remitir al enfermo a otro sanatorio a fin de evitar riesgos por la espera, dado que ya se había perdido mucho tiempo en el diagnóstico. Sin embargo, este traslado no fue posible porque el centro donde iba a ser enviado denegó esta solicitud por ausencia de personal, por lo que fue necesario aguardar a que el equipo cardiovascular concluyese la cirugía. A pesar de los esfuerzos desplegados, el paciente falleció pasadas las ocho de la tarde de ese mismo día.

En virtud de estos hechos, los parientes de D. Luis María pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. Sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto es probablemente uno de los más llamativo que estudiaremos en el presente apartado de prácticas probatorias omitidas, dado que un paciente gravemente enfermo que requiere una actuación rauda, ve ralentizado, no sólo el tratamiento a recibir porque llegó en segundo lugar, sino también el diagnóstico; por el simple hecho de que aunque el hospital contaba con los recursos materiales necesarios, no tenía un facultativo capacitado para utilizarlos. Todo ello obligó a los médicos que lo atendían a utilizar otros medios, que permitieron alcanzar un diagnóstico, pero tardío. A estos desdichados factores

tenemos que añadirle el hecho de que las rápidas actuaciones de los profesionales del centro apuntaron a un traslado urgente para tratar al enfermo, el cual tampoco fue posible. Todos los esfuerzos resultaron en vano, porque a pesar de que el paciente fue intervenido, éste apenas sobrevivió a la cirugía, feneciendo dos horas después de entrar al quirófano.

El juzgador se muestra firme con la condena al centro sanitario, y no a los médicos, cuando ante la defensa del mismo haciendo alusión al “régimen de cola”, como necesidad de todo sanatorio para justificar la tardanza, apunta “El llamado régimen «de cola» es criterio -alumbado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar. Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. Porque era necesario explicar -y era el Servicio de la Salud el llamado a hacerlo y no lo ha hecho- porqué no había angiólogo de guardia. Y era necesario explicar también -y era el Servicio andaluz de la Salud el que tenía la carga procesal de hacerlo, y tampoco lo ha hecho, porqué el Hospital de la Virgen Macarena no pudo hacerse cargo del paciente. No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles -dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en «la cola»⁶⁰.

De las palabras del Alto Tribunal parece poder inferirse, que si bien éste no menciona expresamente la pérdida de oportunidad, sí que considera como elemento clave para el fallecimiento del paciente la limitación de medios del centro, que provocó una espera exagerada para una afección como la que sufría el enfermo.

4. El cuarto litigio a analizar es un caso idéntico al anteriormente comentado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007⁶¹. En

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001... *op.cit.*

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007, Sala Primera, recurso 21/2000, ponente García Varela.

este proceso D. Silvio sufrió un accidente cuando estaba trabajando, le cayó una viga encima de una pierna, y fue trasladado urgentemente al hospital más cercano al lugar del accidente. En el centro sanitario le fue inmovilizada la pierna, únicamente por la parte posterior, y se ordenó el traslado del paciente a otro sanatorio donde pudiese practicársele una arteriografía, ya que los vasos de la pierna podían estar comprometidos y en sus instalaciones no contaban con un servicio vascular. Sin embargo, en el segundo centro la máquina estaba averiada, de forma que no pudo sometérsele a la práctica diagnóstica en cuestión. Habiéndose efectuado algunas comprobaciones superfluas, se consideró que la pierna no se encontraba comprometida y el paciente fue directamente remitido al primer hospital, donde su familia tomó la iniciativa de ingresarlo en una clínica, a fin de que se le pudiese realizar el estudio pertinente. Efectuada la arteriografía, se comprobó la amputación de tres de los vasos de la pierna accidentada en su tercio distal, por lo que se adoptó una actitud expectante (inmovilización parcial de la pierna y tratamiento conservador), hasta que al día siguiente se observó que la pierna presentaba una isquemia irreversible, siendo necesaria la amputación de la misma por debajo de la rodilla.

En base a los mencionados hechos, D. Silvio pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia y confirmada en grado de apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos encontramos ante una resolución típica de un caso de pérdida de oportunidad. Un paciente acude a un servicio de urgencias tras haber sufrido un accidente que muy probablemente haya comprometido la irrigación de su pierna, y por un motivo u otro, una prueba necesaria no llega a practicársele.

Es precisamente en este punto en el que nos encontramos con la materialización misma de la pérdida de oportunidad, aunque con un matiz distinto que en los supuestos anteriores. Si bien en las resoluciones precedentes el elemento azaroso que provocaba la imposibilidad de actuación consistía en la avería del aparato a utilizar o la ausencia de personal, en este litigio radica en la omisión del facultativo que atendió al enfermo en el segundo centro. Tras efectuar sucintas comprobaciones, aún a sabiendas del grave accidente sufrido por el paciente, consideró innecesaria la práctica de una prueba diagnóstica

de ese calibre y lo remitió al primer hospital con un diagnóstico preliminar favorable.

Aunque podríamos observar una omisión de medios o una vulneración de la *lex artis*, hemos calificado el presente supuesto de pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que lo contrario sería una visión parcial del caso. Observando la relación fáctica desde una perspectiva completa, es decir en su totalidad, comprobamos que lo que sufrió el paciente fue una pérdida de oportunidad provocada por una omisión de medios que le condenó a no recibir tratamiento alguno para su pierna y perderla; todo ello careciendo de la certeza de que si de haberse practicado la prueba, se hubiese obtenido un diagnóstico acertado y se habría llegado a preservar la pierna.

El Tribunal Supremo se muestra acorde a la posición que aquí mantenemos cuando señala “La sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos jurídicos fueron aceptados por la Audiencia, ha manifestado la evidencia de la actuación imprudente por el Dr. Jesús Manuel, su conducta incorrecta y contraria a la “*lex artis*” en la asistencia prestada al demandante en el Servicio de Urgencias del “Hospital Juan Canalejo”, al no realizar los tactos, exploraciones y pruebas oportunas, especialmente la arteriografía, habida cuenta de que ya en Ferrol se había detectado un compromiso vascular circulatorio, y venía (sic) diagnosticado de esta manera, sin que le libere de responsabilidad el hecho de que la máquina para efectuar las arteriografías estuviera averiada, pues, aunque así fuera, y dada la trascendencia de esa prueba, lo lógico y sensato hubiera sido trasladar al paciente a otro Centro donde la misma pudiera realizarse; e, igualmente, dicha resolución ha argumentado que todo ello se desprende claramente de la documentación médica aportada con la demanda, también incorporada al precedente juicio de faltas; y que la prueba pericial médica practicada en el proceso corrobora las conclusiones anteriores, también recogidas en el juicio penal, toda vez que el perito informante en autos valoró el proceso asistencial de que fue objeto el demandante, ha explicado los aspectos en que se concreta la actuación incorrecta del demandado, y concluyó que, en cuanto a la relación que la amputación tiene con la actuación médica dispensada al paciente, si bien parece claro que no ha sido ni suficientemente correcta ni diligente, no puede establecerse con certeza que haya determinado, de forma cierta, directa y total, en la no viabilidad del miembro, aunque ha agotado las posibilidades, pequeñas o grandes, que el paciente podría tener de haberse llevado a cabo aquella de forma adecuada, es decir, que si bien no puede

establecerse con certeza que las insuficiencias detectadas en la asistencia al demandante fueran la causa de la amputación de la pierna izquierda tras el grave traumatismo sufrido el 13 de julio de 1987, lo cierto es que las mismas han privado al paciente de las posibilidades que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda. Desde la perspectiva de los datos demostrativos declarados probados en la instancia, se declara en esta sede que, en el caso de autos, el resultado provocado por la conducta del Dr. Jesús Manuel fue dañino para el paciente e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, ya que no ha actuado con un comportamiento profesional diligente y de conformidad con los datos actuales de la ciencia, lo que permite sentar que hubo negligencia en el citado demandado⁶².

Antes de finalizar este comentario conviene destacar un aspecto concreto sobre el que persevera el juzgador con contundencia: el nexo causal. Esta cuestión es precisamente uno de los puntos sobre el que la parte demandada más insiste, la inexistencia de una relación de causalidad entre no practicarse la prueba y la amputación de la pierna, dado que la situación de la extremidad inferior del paciente era grave. Es precisamente sobre este elemento sobre el que la pérdida de oportunidad toma protagonismo, ya que lo que resulta reprochado, y consecuentemente indemnizado, no es la amputación de la pierna, sino la práctica condena a ello, por no someterse al accidentado a ninguna prueba⁶³.

5. La penúltima resolución objeto de análisis es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre

62 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007... *op.cit.*

63 Por su semejanza con la anterior controversia estudiada, no procede efectuar un nuevo comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003 (Sala Primera, recurso 2837/1997, ponente Villagómez Rodil), en la que un paciente acudió a un centro sanitario derivado de su médico de cabecera, con un diagnóstico provisional de extrema gravedad: posible aneurisma de aorta. No obstante, la médico que la atendió, desoyendo los consejos de su compañero de profesión, consideró que la afección no era tal y sin someterlo a prueba alguna, le remitió a su domicilio; falleciendo el paciente antes de llegar a su casa. Aunque la literatura médica sitúa en torno al 50% las probabilidades de éxito en este tipo de cuadros si son intervenidos a tiempo, observamos cómo la pérdida de oportunidad del caso se encuentra en no practicar las pruebas que se habían solicitado, condenando al paciente a una muerte segura. De esta misma opinión se muestra ASUA GONZÁLEZ, cuando señala que los porcentajes de este litigio no resultaban tan acotados como para no permitir barajar una posibilidad real de sanación, de haberse actuado de manera diligente y acorde a las instrucciones del médico de cabecera del paciente. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 29.

de 2007⁶⁴. En este litigio D^a. Blanca acudió a un centro hospitalario para someterse a una cesárea programada, por desproporción pelvi-fetal. La intervención transcurrió con plena normalidad, pero la noche del día mismo de la operación la paciente comenzó a sufrir fuertes dolores abdominales, a los que el personal sanitario no les dio especial relevancia, limitándose a prescribirle nolutil; no apreciándose hasta horas después que la enferma presentaba escasa orina, diuresis hematórica, mucha sed, vómito biliar y no retorno a sonda vesical.

D^a. Blanca siguió en esta situación durante toda la mañana siguiente, pero al detectarse que tenía el vientre duro se dio aviso al médico de guardia, que le puso una sonda nasogástrica; manteniendo D^a. Blanca orina escasa y hematórica. A pesar de estos tratamientos, el estado de la paciente no mejoró, y al segundo día de la cirugía siguió sin poder orinar, llegando a un estado de taquicardia y toquiquemia (sudor frío), entrando en estado de shock. Se decidió entonces practicar una laparotomía, que se llevó a cabo sobre las 11,00 horas del mismo día, sin que la paciente llegase a recuperarse, falleciendo a las 15,30 horas; no habiéndole sido suministrado antibiótico alguno hasta momentos antes de iniciarse la laparotomía.

La autopsia reveló que lo que provocó la muerte de la paciente fue que durante la cesárea se produjo una rotura de la vejiga, que permitió la salida de la orina al peritoneo, lo que desencadenó una grave infección que no pudo ser corregida a tiempo, como consecuencia de la falta de administración de antibióticos.

Esta sucesión de hechos dio lugar a que los familiares de la fenecida pretendiesen el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Si bien en un principio esta controversia puede ser menos llamativa que las demás, por el simple hecho de que no existe un factor que resulte decisivo, como lo puede ser la falta de realización de una prueba o la ausencia de material, lo cierto es que ello no es óbice para no considerar este supuesto un caso de pérdida de oportunidad. ¿Dónde se encuentra entonces la *perte de chance*? A pesar de que el Alto Tribunal la sitúe en un único punto, como lo es el retraso de la intervención, estimamos oportuno considerar,

64 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 604/2004, ponente Puente Prieto.

que si bien es cierto que ésta se dilató en el tiempo de manera indebida, ello fue como consecuencia de la ausencia de un diagnóstico previo. La paciente mostraba claros signos de malestar, a lo que debemos añadir que los problemas con el drenaje y la sonda resultaban alarmantes, a pesar de lo cual no se actuó en consecuencia y no fue hasta que se observó que el vientre de la paciente estaba duro, cuando se comenzó a indagar qué le podía ocurrir, casi dos días después de la cesárea. Por lo tanto, aunque es cierto que la cirugía se dilató en el tiempo, también lo hizo el necesario tratamiento antibiótico, porque se carecía de un diagnóstico.

Parece tratarse de un claro supuesto de pérdida de oportunidad, que aunque menos evidente que los anteriormente estudiados, sigue una dinámica y una filosofía común, por la cual la tardanza en las actuaciones provocó la falta de administración de un tratamiento preventivo (antibiótico) que paliase la infección que aquejaba a la paciente. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo, aunque el eje central de su argumentación gire en torno a la segunda cirugía “Contrariamente a lo afirmado por los recurrentes, el motivo de casación ha de ser desestimado por cuanto que, en realidad, lo que los recurrentes efectúan es una diferente valoración de la prueba evaluada por el Tribunal de instancia y que, en atención sustancialmente al resultado del informe del Instituto Nacional de Toxicología, entendió que dicha responsabilidad existía y era el resultado de que, si bien los cuidados postoperatorios fueron los normales, se había dilatado la segunda intervención en exceso, realizándose ya en pleno estado de shock, lo que motivó y condicionó los resultados negativos derivados de esa tardanza en la toma de decisiones a la hora de practicar la segunda intervención. Y tal valoración de los hechos realizada por el Tribunal de instancia no puede cuestionarse en casación si no es invocando una infracción de preceptos sustantivos sobre valoración de prueba tasada o alegando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración de la prueba que, desde luego, no resulta de la literalidad del informe más arriba transcrito del Instituto Nacional de Toxicología que atribuye la causa del fallecimiento al retraso en la práctica de la segunda operación y, por ello, no cabe admitir como justificación, según la sentencia expresamente afirma, que se produzcan consecuencias como la que motivó el recurso que, de haber mediado la diligencia debida, podían haberse evitado”⁶⁵.

6. El último litigio objeto de análisis sigue una dirección prácticamente idéntica a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007⁶⁶. En este asunto a D^a. Diana se le practicó una histerectomía total con anexectomía derecha, cirugía que se desarrolló con plena normalidad, salvo porque en el curso de la misma se le seccionó el uréter derecho, algo que pasó desapercibido a los cirujanos.

Esta lesión se tradujo en una lenta evolución de la paciente, que presentaba cuadro de disnea, taquipnea, taquicardia e íleo paralítico; y más tarde tromboembolismo pulmonar. Todos estos síntomas fueron tratados por separado, sin llegar a indagarse qué los motivaba. Para cuando finalmente hubo sospechas de una posible sección del uréter y se operó a la enferma, ya habían pasado cinco días desde la cirugía. Precisamente por ello, la salud de D^a. Diana no pudo ser restablecida, acarreándole la demora en las actuaciones, importantes secuelas físicas.

La paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, por lo que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este supuesto, al igual que ocurre en el anteriormente analizado, la pérdida de oportunidad no es tan visible como en los litigios previamente examinados, en los que el elemento azaroso no permite acudir al medio diagnóstico o al tratamiento necesario. En esta controversia el aspecto interceptor en la relación médico - paciente se encuentra embebido en la redacción de los hechos y es necesario realizar una revisión más profunda de la relación fáctica. La respuesta a la pregunta sobre dónde encontramos la pérdida de oportunidad la hallamos en un minúsculo detalle: la tardanza en el diagnóstico, que motivó una intervención tardía, provocando graves secuelas en la paciente y que aún padece en la actualidad, o por lo menos en el momento de dictar la sentencia. Parece adecuado apuntar, que si bien es cierto que la enferma estaba siendo tratada, lo era únicamente en relación a los síntomas que padecía, y por separado, pero no por la lesión que se le provocó. Una diagnosis temprana quizás hubiese permitido que la enferma no padeciese ningún tipo de consecuencias, o de tenerlas serían de menor entidad que las que padece, algo sobre lo que sin embargo no tenemos certeza. Se trata de la definición misma de la pérdida de

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007... *op.cit.*

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 7418/2004, ponente Robles Fernández.

oportunidad, tal y como de las palabras del juzgador se desprende “De la transcripción que se ha hecho de la Sentencia recurrida resulta que en la misma el Tribunal “a quo” excluye que haya habido mala praxis en las concretas intervenciones quirúrgicas que se realizaron a la paciente, sin embargo tiene por probado que hubo un retraso en el diagnóstico y conocimiento de que se había seccionado el uréter en el curso de la primera intervención quirúrgica y que fue ese retraso en el diagnóstico, el que contribuyó a una evolución que no pudo controlarse adecuadamente al no conocerse su causa y que culminó con la pérdida funcional del riñón derecho de aquella. Además en su argumentación tiene por probado que ese retraso en el diagnóstico fue debido al trasiego hospitalario a que se sometió a la paciente, tratada por diferentes Servicios del Hospital Clínico San Carlos, y se basa para ello en los reiterados Informes del Médico Forense Don. Carlos Ramón en los que se explicita A) que ha habido un evidente retraso en el diagnóstico de la sección del uréter de la paciente en el curso de la primera intervención quirúrgica y que tal sección fue la causa generadora de los padecimientos de esta, señalando incluso que los ginecólogos que practicaron la tercera intervención debían haber solicitado la colaboración de un urólogo o un cirujano digestivo para averiguar las causas de los derrames persistentes en cavidad abdominal. B) que ese retraso fue originado por los distintos cambios de planta y los distintos Servicios médicos que examinaron a la actora sin la necesaria coordinación, y C) que tal retraso en el diagnóstico fue un factor relevante en la evolución de los padecimientos de la actora y una concausa trascendente en el resultado final que culminó con la pérdida del riñón derecho. La propia Inspección Médica en su Informe reconoce que la paciente fue atendida por distintos Servicios médicos, con relación a los cuales los informes del Dr. Carlos Ramón no dejan lugar a duda sobre su inadecuada coordinación a los efectos de realizar un diagnóstico como era la sección de un uréter, complicación que puede darse en una histerectomía total como la practicada. Tampoco dejan duda las demás conclusiones ya expuestas contenidas en aquellos informes, que son las tenidas en cuenta por la Sala en una valoración absolutamente lógica y razonable, con base en las cuales tiene por probado un retraso en el diagnóstico y una descoordinación a efectos de obtener este, al ser varios los servicios médicos intervinientes, siendo ese retraso una causa fundamental determinante de una evolución del padecimiento que culminó con la práctica de la nefrostomía”⁶⁷.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007... *op.cit.*

3.1.2. Asuntos en los que la figura fue desestimada

7. La primera de las resoluciones desestimadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008⁶⁸, resulta de sumo interés, ya que nos permite ver con gran claridad la pérdida de oportunidad y la razón de ser de su inadmisión. En este litigio una mujer joven acudió a un servicio de urgencias, sobre las 11 de la noche, con un cuadro de cefalea intensa, náuseas y vómitos de varios días, con reducción de nivel de conciencia, taquipnea y pupilas no reactivas. Fue explorada en el Box 4 por un médico residente junto con el médico adjunto, que apreciaron respiración de kussmaul y continuación de apnea, con posible parada cardiorrespiratoria y signos de edema pulmonar agudo. Se procedió a su intubación y ventilación mecánica, instaurándose tratamiento de remoce, suero fisiológico intravenosos, así como naloxona y anexate; solicitándose además un TAC urgente.

Sin embargo, y a pesar de la premura, el citado TAC no se practicó hasta pasada una hora más o menos, y para cuando se le sometió al mismo, la enferma presentaba una hemorragia cerebelosa, con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral. El neurocirujano de guardia descartó cualquier posibilidad de intervención por el rápido deterioro hemodinámico y neurológico que sufría la paciente, falleciendo ésta a las nueve de la mañana del día siguiente.

La familia de la fenecida pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en ninguna de las instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este supuesto y los anteriores es clara, hasta el punto de que se siembra la duda de qué pudo motivar al Tribunal Supremo a tomar una decisión como la que adoptó, y hasta qué punto no es arbitraria. La justificación no obstante, se colige de los propios hechos: si bien es cierto que la prueba del TAC pudo haberse demorado excesivamente para una situación de urgencia como la que acontecía, también lo es que no se perdió ninguna oportunidad, porque no existía. El estado de la enferma estaba tan deteriorado, que ni siquiera una actividad diagnóstica temprana hubiese permitido ningún tratamiento.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 9349/2003, ponente Herrero Pina.

Ante la ausencia de una oportunidad de vida o de restablecimiento, la figura de la pérdida de oportunidad queda vacía de contenido y no cabe indemnización alguna. El Tribunal Supremo se reafirma en esta idea cuando asegura “Por otra parte, la recurrente considera que ese retraso en la intervención de especialista en Neurología determinó el fallecimiento de la paciente, circunstancia difícilmente sostenible en una examen ponderado de los elementos de prueba, pues queda desvirtuada por todos los informes y en todos los documentos que figuran en las actuaciones, en los que se refleja la gravedad del cuadro que presentaba la paciente a su ingreso en urgencias, que evolucionó de manera inmediata, con parada cardiorrespiratoria, coma y edema agudo de pulmón, que de acuerdo con tales informes precisa una previa estabilización de la paciente para poder realizar las oportunas pruebas médicas, que desde el principio ofrecieron un resultado que hacía inútil e inviable la intervención de tales especialistas”⁶⁹.

De las afirmaciones del juzgador se infiere que ciertamente no se trata de una resolución caprichosa, sino que su fundamentación es clara y coherente. No se aprecia la pérdida de oportunidad porque la paciente, dada la gravedad de su estado, no tenía oportunidad alguna, al carecer de cualquier posibilidad de sanación.

8. La segunda controversia no es tan evidente como la anterior, aunque comparte con ésta la misma sombra de arbitrariedad superficial, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006⁷⁰. En este caso D^a. Leticia, diagnosticada a muy corta edad de Osteogénesis Imperfecta, padecimiento que le había ocasionado múltiples fracturas y aplastamiento de vértebras, así como la degeneración

macular irreversible en ambos ojos; acudió a su médico habitual al quedarse embarazada, a fin de someterse a un exhaustivo seguimiento. Cuando llegó el momento del alumbramiento, éste se produjo sin mayores complicaciones, dado que se pretendió que fuese rápido. Sin embargo, pasados dos meses desde el mismo, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores y molestias en la zona pélvica y lumbar que no fueron diagnosticados hasta pasados dos meses desde la primera consulta (debido a su dificultad), hallándose una necrosis de cabeza avascular con aplastamiento de cabeza femoral e incipiente en la cadera derecha, por lo que se suspendió el tratamiento paliativo al que se estaba sometiendo la enferma, ya que podía resultar contraproducente, y se comenzó con una terapia acorde a la lesión que padecía. No obstante, la situación de D^a. Leticia no mejoró como se pretendía, restándole a la paciente importantes secuelas.

D^a. Leticia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus intenciones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Una paciente con una grave afección ósea, tras un parto normal, comienza a padecer fuertes dolores en la zona pélvica. Puede resultarnos llamativo que una situación de hecho como ésta no sea objeto de reproche, más si cabe cuando tenemos presente que el equipo médico debía estar sobre la pista, dada la dolencia de D^a. Leticia. Ante los padecimientos de la enferma, su médico le indicó un serie de tratamientos paliativos, que sin embargo resultaron contraproducentes. Observando el litigio en cuestión nos surge la siguiente pregunta, ¿no es la decisión del Alto Tribunal arbitraria, al existir supuestos de hecho muy similares en los que un diagnóstico tardío fue considerado una pérdida de oportunidad? Más si cabe cuando se trata de un alumbramiento en una mujer que padecía una enfermedad degenerativa ósea y que la lesión se produjo en la zona pélvica. Nuevamente nos vemos en la necesidad de desarrollar un análisis más detallado de la relación fáctica, y es que si bien es cierto que el parto podía incrementar el riesgo de un daño en la zona pélvica, no ocurría lo mismo con la zona lumbar. Es complicado establecer una relación causal entre ambos elementos, a lo que debemos añadir, que al tratarse de una enfermedad poco conocida y de un menoscabo complejo, las posibilidades de errar el diagnóstico eran altas. La diagnosis tardía de la lesión no es reprochada, por el simple hecho de que se trataba de un supuesto especialmente complicado de diagnosticar, que podía inducir a

69 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008... *op.cit.* ASUA GONZÁLEZ nos acerca un asunto muy similar, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1999, en el que un paciente aquejado por una contusión lumbar acabó fallecido como consecuencia de un shock séptico. La familia del fenecido pretendió la indemnización del daño, por considerar que debido a la falta de diagnóstico, las posibilidades de supervivencia del mismo desaparecieron. Sin embargo, vieron sus intenciones desestimadas al considerar el Tribunal Supremo que el enfermo, en el momento de la primera atención, ya sufría del fallo multiorgánico que acabó con su vida, en el que el índice de supervivencia con un diagnóstico certero no supera el 10% de los casos. El Alto Tribunal consideró que la pérdida de oportunidad no tenía cabida en un litigio como el presente, dado que el enfermo no tenía posibilidades reales de sobrevivir. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 28.

70 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Tercera, recurso 4672/2002, ponente Robles Fernández.

error. Consecuentemente la oportunidad perdida no es tal, porque la posibilidad de conocer la magnitud del daño era prácticamente imposible en un primer momento, dado que se requerían meses de evolución. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo "...de la prueba pericial practicada se desprende con claridad que son multifactoriales las causas, así como los factores que influyen en la necrosis avascular de cadera, no siendo muy frecuente la relación entre el embarazo y la necrosis, cuya sintomatología es imprecisa. En el propio Informe Don. Andrés que al igual que el emitido por Doña. Montserrat tiene en cuenta los antecedentes médicos de la Sra. Leticia, tanto oftalmológicos como su osteogénesis imperfecta con cifosis dorsal, se contienen entre otras las siguientes consideraciones relevantes a los efectos de la presente litis: A) la osteogénesis imperfecta es una enfermedad poco corriente, de origen desconocido, de pronóstico rarísimo y poco estudiada. B) la necrosis avascular en las caderas es una enfermedad articular grave que puede producirse por causas variadas, ya externas, ya propias de la pared vascular, ya internas del vaso sanguíneo y aun cuando se dice que el embarazo podría ser una causa generadora de esa necrosis, no se precisa que el embarazo de la Sra. Leticia y su seguimiento fuera precisamente la causa de la necrosis por esta padecida. C) que la necrosis puede ser en situaciones normales de difícil diagnóstico"⁷¹.

9. Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007⁷², en la que se estudia una controversia similar a la anterior. En este caso D^a. Nuria se estaba sometiendo a un tratamiento de reproducción asistida en un hospital cercano a su localidad de residencia. Sin embargo, la falta de obtención de resultados llevó a los facultativos que la estaban atendiendo a practicarle de una serie de pruebas, que arrojaron un diagnóstico de endometriosis grado IV. En virtud de ello, se le realizó una laparotomía exploratoria que diagnosticó un bloqueo pélvico producido por adherencias del aparato genital a sigma, cara posterior del ligamento ancho, que dificulta la intervención conservadora de miomectomía. Se paralizó la terapia de fertilidad, dado que hasta que no fuese tratada, la paciente no tendría posibilidades de concebir. Por ello fue remitida a otro hospital, con el fin de que fuese evaluada de forma más precisa, y operada, de ser necesario. En el segundo centro se le

realizó una nueva diagnosis y se le informó sobre las posibles alternativas que tenía, siendo la más fiable la cirugía. Se programó la práctica de una laparotomía exploratoria y en el caso de ser necesaria una intervención, se aprovecharía la anestesia suministrada para proceder a la misma.

Durante la laparotomía se comprobó lo ineludible de la actividad quirúrgica, por lo que se acometió, tal y como se había planeado. Sin embargo, cuando se intentaron despegar las múltiples adherencias que presentaba la paciente, esto resultó imposible, por lo que se finalizó la operación y se le diagnosticó de síndrome adherencial masivo, endometriosis grado IV. En el postoperatorio se le presentó a la enferma peritonitis por perforación de sigma y el día 5 de junio de 1995, D^a. Nuria tuvo que ser intervenida de una operación tipo Hartmann por peritonitis fecaloidea, por perforación de colon sigmoide, practicándosele cierre del muñón distal con seda 2/0, resección de bordes y colostomía terminal de descarga; un riesgo propio de la cirugía a la que había sido sometida.

Debido a la intervención de urgencia que requirió, así como a las adherencias que no pudieron ser eliminadas, a la paciente le fue desaconsejado tener hijos, por lo que abandonó el programa de reproducción asistida.

D^a. Nuria pretendió el resarcimiento del daño sufrido (esterilidad), siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este proceso puede resultarnos complicado hallar la pérdida de oportunidad, por lo que es necesario que prestemos especial atención a las secuelas que le quedaron a la paciente tras la segunda cirugía. Sostiene la recurrente que las lesiones que padece fueron consecuencia de la perforación de colon, y las adherencias de eliminación dificultosa son las que no le permiten tener hijos. La operación, que en principio le debería haber dado esa oportunidad se la quitó, provocando una pérdida de oportunidad, al sumarle a la patología que tenía, graves lesiones.

En principio esta hipótesis podría resultarnos válida, en la medida en que las consecuencias que sufrió D^a. Nuria, que en ningún momento vinieron motivadas por una vulneración de la *lex artis*, acarrearán un añadido a la problemática previa que padecía; lo que motivó que no pudiese tener hijos y la consiguiente pérdida de oportunidad. Sin embargo, ocurre algo similar a lo acontecido en el litigio de la sentencia del

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006... *op.cit.*

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 7007/2002, ponente Puente Prieto.

Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, dado que la situación inicial de la paciente ya era complicada. A pesar de que se había sometido a muchos tratamientos de fertilidad, jamás había logrado quedarse embarazada, debido a las múltiples adherencias que sufría. Éstas fueron intervenidas, aunque su eliminación fue imposible y por ello la paciente jamás podría llegar a tener hijos. La pregunta que debemos formularnos es, ¿qué oportunidad perdió entonces? D^a. Nuria era estéril y la única posibilidad que tenía de concebir era someterse a una cirugía que eliminase las adherencias que no le permitían tener hijos. Esta operación se produjo, pero no arrojó resultados positivos, por lo que siguió siendo incapaz de procrear.

Si bien es cierto que tras la actuación quirúrgica surgieron una serie de complicaciones añadidas, que hicieron más remota aun la posibilidad de un embarazo, no debemos perder de vista que el margen de probabilidad del que partía la paciente era cero. El interrogante al que es necesario dar respuesta es el siguiente ¿qué oportunidad real resultó perdida? Ninguna, la paciente tenía nulas posibilidades de procrear y el hecho de que ahora el diagnóstico sea definitivo, no agrava su situación inicial. El Juzgador parece abogar por esta misma opción “En cuanto al cuestionamiento sobre la posibilidad de embarazo de la actora ha de destacarse que una cosa es la posibilidad de que dicho embarazo tenga lugar y otra es el riesgo que la paciente haya de correr como consecuencia de dicho embarazo y a consecuencia de la reducción del tamaño del intestino, lo que en modo alguno afecta a la afirmación que se contiene en la sentencia en cuanto a su rechazo a la posibilidad de quedar embarazada...”⁷³.

10. El último de los casos que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005⁷⁴, en la que D^a. María Ángeles requería la práctica de una angiografía, por padecer una retinopatía diabética. Sin embargo y en lugar de someterse a ésta, se intentaron distintas vías diagnósticas, resultando todas ellas infructuosas. En base a tales circunstancias, se evidenció la necesidad de acudir a la angiografía, prueba que a pesar de tener una urgencia media, se demoró mucho en el tiempo, por lo que la paciente tomó las riendas de la situación, acudiendo a un médico privado para que se la realizase. Cuando se conoció el resultado

de la misma, la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles había degenerado bastante.

D^a. María Ángeles pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la prueba tardía, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La pérdida de oportunidad a la que alude la recurrente encuentra su razón de ser en que la tardanza de la prueba provocó que ella misma tuviese que tomar la decisión de someterse a ésta de manera autónoma, siendo ya tarde cuando se le practicó, porque su enfermedad había empeorado. Puede resultar llamativo que una actividad diagnóstica con una urgencia media se dilate tanto en el tiempo, a pesar de lo cual volvemos a hallarnos ante la dificultad de encontrar la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la angiografía no era curativa, sino diagnóstica, y su finalidad era la de determinar el grado de afectación de la paciente a efectos de control, pero no de tratamiento. El empeoramiento que sufrió la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles no tiene su origen en la espera para la práctica de la prueba, sino en la evolución misma de su dolencia. De una manera casi idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “La Sala de instancia entiende que la situación en que se encuentra la demandante no se debe al retraso existente de unos meses hasta que acude a la medicina privada para hacer el AGF primero, porque es una prueba que no tiene carácter curativo y segundo, porque no se ha demostrado, sino todo lo contrario, que la situación entre 1.995, 1.996 y 1.997 ha seguido estacionaria sin evolución desfavorable, por lo que se debe a la enfermedad que padecía, con anterioridad incluso de acudir al Hospital público de Sagunto, es decir, “retinopatía diabética de predominio exudativo con afección macular”; y tercero, la afirmación que hace el informe del Doctor Ángel (aportado por la actora) en el sentido de que haberse tratado unos años antes con láser se podría haber cortado el estado avanzado no se sostiene en el sentido de que la actora estuvo siendo tratada con láser durante los años 1.995 y 1.996 en ese hospital público”⁷⁵.

Aunque la naturaleza de esta controversia es un poco distinta a la de los anteriores, la razón de ser de la desestimación es prácticamente idéntica, la imposibilidad de hallar una verdadera oportunidad perdida. Debemos tener presente que de llegar a indemnizarse el supuesto, tendría que haber sido más bien

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007... *op.cit.*

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 20/2005, ponente Puente Prieto.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005... *op.cit.*

por otros derroteros como el daño moral, traducido en la angustia de la paciente al desconocer el grado de desarrollo de su enfermedad⁷⁶.

3.2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía

La principal diferencia de este bloque con el anterior está en que, mientras que en el apartado previo la pérdida de oportunidad se encontraba en una prueba médica no ejecutada, en esta sección el problema no reside en no practicar una actividad diagnóstica, porque el paciente es efectivamente sometido a la misma, sino que ésta se realiza tardíamente; provocando esta demora daños en el enfermo.

3.2.1. Controversias en las que la figura fue estimada.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006⁷⁷, en la que D. Alfredo sufrió en aplastamiento del cuerpo L2, retrolítesis L4 con lesión pedículo derecho y antigua fractura careta articular inferior izquierda, profusión discal global L3 – L4 con fragmento extraído foraminal derecho y compromiso radicular L3 y retrolítesis L4 – L5 con distorsión discal secundaria; como consecuencia de un accidente laboral. Fue tratado de las dolencias en cuestión sin mayores problemas, salvo porque dos años más tarde comenzó a presentar dolor lumbar, irradiado al muslo derecho. Tras una exploración, se decidió que necesitaba una intervención (una artrodesis amplia), cuya finalidad era fijar las vértebras L3, L4, L5 y S1 para evitar desplazamientos que afectaran a la médula espinal; realizándose

también una exéresis de los discos L3 y L4 y la colocación de un injerto y placa.

A pesar de que la cirugía se desarrolló sin problemas, en el postoperatorio se observaron síntomas de paresia en las extremidades inferiores. Se sospechó que un hematoma podía estar comprimiendo el saco dural, pero para confirmar dicha conjetura se requería de una operación diagnóstica y reparadora. Aunque ésta debía ser urgente, se retrasó sin motivo aparente más de quince días. Como consecuencia de ello, y a pesar de que esta segunda actividad quirúrgica fue acorde a la *lex artis*, al haber estado la lesión durante un tiempo excesivo sin ningún tipo de tratamiento (por la falta de una diagnosis correcta), la situación del paciente no mejoró, restándole una paraplejía.

Las pretensiones D. Alfredo fueron rechazadas en primera instancia pero admitidas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente supuesto parece ser uno de los más claros, ya que su relación fáctica es bastante sencilla. Si bien es cierto que las actuaciones de los médicos fueron correctas en ambas intervenciones, así como en el diagnóstico, también es evidente que existió una descoordinación, que muy probablemente provocó, o por lo menos empeoró, la situación del paciente. Tras la primera operación D. Alfredo presentó una parálisis en los miembros inferiores, sobre la que se hizo un rápido diagnóstico preliminar, que requería de su confirmación con una cirugía exploratoria. La lesión se tradujo en una compresión del saco dural, que cuanto más tiempo estuviese bajo presión, de mayor envergadura podría resultar el daño final. A pesar de la premura del cuadro clínico del enfermo, lo cierto es que la actividad quirúrgica se retrasó en torno a quince días. Para cuando fue diagnosticado, la lesión era tan grave, que nada pudo hacerse a los efectos de mejorar la movilidad de las piernas del paciente.

La práctica de esta segunda operación ni aseguraba, ni garantizaba, que D. Alfredo pudiese recuperar su movilidad, ya que su finalidad no era curativa, pero la no realización de la misma supuso la pérdida de toda posibilidad de mejora, ya que la mera observancia sin tratamiento no tenía ninguna finalidad terapéutica. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo cuando comenta a este respecto “Las complicaciones derivadas de la intervenciones presentaron inmediatamente, una vez finalizada la operación y de este hecho probado la sentencia obtiene la conclusión de que hubo un actuar negligente,

⁷⁶ Cuenta con una relación de hechos muy similar las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4500/2009, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 676/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 1211/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 69/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 5938/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 (Sala Tercera, recurso 741/2013, ponente Enriquez Sancho) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (Sala Tercera, recurso 4530/2012, ponente Teso Magella).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 19/2000, ponente Seijas Quintana.

pues “ante la previsibilidad de que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeron causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante, no dio lugar a la actuación inmediata, demorando el diagnóstico de lo sucedido hasta pasadas dos semanas de realizada la intervención” es decir, entiende que desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación...”⁷⁸.

La dirección de las argumentaciones del Alto Tribunal sigue una línea muy similar a lo que apuntábamos líneas atrás⁷⁹.

2. La segunda y última de las controversias que sigue una línea resolutoria igualmente estimativa, es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002⁸⁰. En este asunto una paciente que padecía un bulto en la zona maxilar del tamaño de una lenteja y que se encontraba bajo controles por ese mismo motivo, arrojaba siempre resultados de normalidad en los mismos. Sin embargo, y a pesar de que su evolución era bastante estable, en cuestión de dos meses el nódulo aumentó de tamaño hasta tener la envergadura de una naranja, y dado que el tumor mostraba claros síntomas de malignidad, se ordenó la práctica de una ecografía y un scanner. A pesar de que la premura de estas pruebas era obvia, se retrasaron ocho meses, y para cuando fueron efectuadas, confirmaron las sospechas de malignidad. La situación de la paciente se vio agravada por una parálisis facial, porque durante la espera el bulto había seguido creciendo y había afectado a nervios de la zona. Se trataba de un carcinoma mucoepidermoide sebáceo, con metástasis en seis ganglios linfáticos.

No obstante la gravedad del resultado, la decisión que se adoptó fue, que en lugar de someter a la paciente a radioterapia, se efectuasen controles

periódicos cada quince días, algo que se mantuvo durante dos meses. Ésta falleció como consecuencia del carcinoma no tratado que padecía.

Los familiares de la fenecida pretendieron el rescaramiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia Provincial competente, motivo por el cual la parte demanda recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La sombra de la pérdida de oportunidad parece entreverse en todo el relato estudiado líneas atrás. La paciente sufrió un primer retraso diagnóstico de ocho meses, a pesar de que había importantes sospechas de malignidad en el tumor que padecía, a lo que cabe añadir, que una vez conocida la gravedad de su situación, ésta no llegó a ser tratada; falleciendo dos meses después, a consecuencia de la misma.

Este litigio es probablemente uno de los más llamativos en los que la parsimonia de las actuaciones es más evidente, hasta el punto de poder calificarse como “alarmante”. Si bien es cierto que de la gravedad de la enfermedad de la paciente se desprendían las escasas posibilidades de curación, éstas fueron nulas al demorarse cualquier tratamiento una media de diez meses. Nos encontramos ante la descripción misma de la pérdida de oportunidad: la enferma fue casi condenada a morir como consecuencia de la lenta actividad médica. Es precisamente aquí donde se encuentra la pérdida de oportunidad, no en el fallecimiento de la paciente, sino en la pérdida de toda posibilidad de mejora, por el retraso sufrido en la actuación médica desplegada.

A pesar de que hubiese sido interesante conocer las aseveraciones del Alto Tribunal a este respecto, lo cierto es que al haberse analizado esta cuestión en instancias inferiores, se consideró zanjada y no llegó a pronunciarse al respecto.

3.2.2. Litigios en los que la figura fue desestimada

3. Continuamos con el estudio de las resoluciones que sufrieron una suerte desestimatoria, siendo la primera de todas ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008⁸¹. En este caso D^a. Amanda, con antecedentes psiquiátricos de ataque de pánico y trastorno disociativo, acudió al servicio de

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006... *op.cit.*

⁷⁹ Son de una doctrina prácticamente idéntica las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010, Sala Tercera (recurso 3038/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 362/2009, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 233/2007, ponente Menéndez Pérez) y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2294/2011, ponente Lecumberri Martí).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3951/1996, ponente Almagro Nosete.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, Sala Tercera, recurso 7931/2004, ponente Puente Prieto.

urgencias de su localidad, con un cuadro de agitación psicomotriz y conducta desorganizada. Fue atendida por un psiquiatra, que le diagnosticó de un ataque de pánico y comportamiento disociativo, prescribiéndole ansiolíticos y recomendándole una cita con la unidad de salud mental de su centro sanitario.

En poco menos de dos meses se vio en la necesidad de acudir de nuevo al mismo hospital, por presentar un reiterativo cuadro de agitación psicomotriz a pesar del tratamiento que estaba recibiendo, que además le provocaba estados de tristeza y de amnesia temporal. Su médico le diagnosticó de trastorno disociativo y en el plazo de un mes le pautó una revisión con el psiquiatra. Pasado un año desde este acontecimiento acudió a su médico de cabecera con un nuevo ataque de pánico, siendo rápidamente remitida al sanatorio más cercano, donde se le diagnosticó trastorno de conversión y estado de ansiedad.

Cinco meses más tarde, la paciente comienza a sentir episodios de pérdida de visión por los que fue trasladada con carácter urgente al servicio de oftalmología, pero al no encontrarse nada extraño se le envió al servicio de neurología. Días después de esta consulta tuvo que volver a urgencias por cefalea, vómitos y desorientación en tiempo y espacio, síntomas ante los cuales se le practicó un TAC que arrojó el siguiente resultado: tumor cerebral. Ante esta situación se le practicó de manera urgente una craneotomía con biopsia de masa, en la que se le diagnosticó la malignidad del tumor. Se inició de manera inmediata un tratamiento, a pesar del cual días después la paciente fue perdiendo capacidades neuronales, por lo que se decidió suspenderlo, falleciendo ésta en menos de una semana.

Los familiares de D^a. Amanda pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, por lo que al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Ciertamente puede resultar curiosa la decisión del juzgador en este asunto, en el sentido de que el tumor que tenía la paciente no evolucionó con tal rapidez como para justificar su fallecimiento en tan poco tiempo, sino que éste contaba con varios meses de desarrollo. Lo llamativo del caso es que la enferma había presentado trastornos, que si bien podían ser la consecuencia de una enfermedad mental, también podían tener un origen físico. A pesar de ello, no se efectuaron pruebas complementarias a las psiquiátricas, presumiéndose que el cuadro que hubo padecido la paciente tiempo atrás volvía a repetirse.

La pregunta que debemos formularnos llegados a este punto es ¿por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado una controversia como la presente, en la que la práctica probatoria se evidenció insuficiente y tardía, provocando un error de diagnóstico y éste a su vez, una pérdida de oportunidad? Porque la actividad médica fue correcta. Los síntomas que mostraba la paciente eran confusos y poco concluyentes, más relacionados con una afección psiquiátrica que física, por lo que lo más adecuado fue la terapia que recibió.

Conviene que nos cuestionemos si en el caso que nos ocupa existe una opción perdida, y lo cierto es que no. Las posibilidades de diagnóstico, localización y tratamiento del tumor eran prácticamente nulas con la sintomatología que tenía la paciente. En este hecho se basa la razón de ser que justifica la decisión que adoptó el Alto Tribunal. Sin embargo, y aunque resultaría de sumo interés conocer la argumentación del juzgador a este respecto, ello no será posible porque la pérdida de oportunidad no fue objeto de análisis en el recurso de casación.

4. El siguiente supuesto de hecho, aunque tiene un objeto similar (una tumoración) cuenta con unas circunstancias distintas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 2005⁸². En este litigio D. Luis María fue diagnosticado el 24 de mayo de un posible tumor vesical, siendo confirmada su patología el día 29 de ese mismo mes. El propio día 29 el paciente comenzó a sentir un cuadro de dolor abdominal, por lo que acudió al servicio de urgencias de su localidad, donde fue sondado de forma exterior y dado de alta una vez se hubo estabilizado. El día 16 de junio, fecha en la que iba a ser operado, acudió con carácter previo al centro sanitario de su localidad por dolor en el hipogastrio, estreñimiento y anuria de veinticuatro horas de evolución, por lo que se le practicó un TAC (que no se había hecho con anterioridad) en el que se detectó, no sólo el tumor que había sido diagnosticado días antes, sino una metástasis en la vejiga. El paciente falleció sin poder llegar a ser intervenido, a causa de un fallo multiorgánico.

Los parientes del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores.

La pérdida de oportunidad por la que abogan los familiares de D. Luis se fundamenta en el tiempo que transcurrió desde el diagnóstico hasta la fecha en la que estaba programada la cirugía, al considerarlo

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 142/2005, ponente Puente Prieto.

excesivo (en torno a quince días), ya que, de acuerdo con las afirmaciones de los familiares del enfermo; ello acarreó la muerte del paciente, como consecuencia de una pérdida de oportunidad (de haber sido operado con más celeridad, hubiese salvado la vida).

Si bien puede resultar llamativo que el plazo de intervención para una situación como la antedicha sea de quince días, igualmente curioso es considerar que ese lapso de tiempo pudiera tener tanta incidencia en la enfermedad de D. Luis María, como para llegar a ser la causa de la metástasis que padecía, algo que evidentemente requiere un plazo de evolución muy superior. Debemos tener presente que el primer diagnóstico que se le realizó al paciente era incompleto, ya que no se llegó a localizar el segundo tumor que tenía en la vejiga y que hacía que la actividad quirúrgica careciese de sentido, dado lo complicado de la situación de D. Luis María. Se trataba de una dolencia de larga evolución en la que los quince días que se tardó en planear la operación en nada incidieron, dado el grado de desarrollo de la misma.

Parece que no hay ninguna pérdida de oportunidad, porque el enfermo carecía de cualquier posibilidad de curación o mejora. De esta misma manera se pronunció el Tribunal Supremo al asegurar “En definitiva, hay una clara diferencia entre los hechos que se declararon probados por la sentencia recurrida con los de la sentencia invocada como contradictoria, pues la sentencia recurrida no considera relevante el tiempo transcurrido desde la primera visita al urólogo, el 15 de marzo de 2.001, hasta el fallecimiento el 5 de julio de 2.001, supuesto claramente distinto al contemplado en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia, llegando además a la conclusión, no tomada en consideración por la de contraste de que, en cualquier caso, el fallecimiento no se produjo como consecuencia del retraso en el diagnóstico, sino que el proceso de la enfermedad resultaba en cualquier caso irreversible”⁸³.

83 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005... *op.cit.* Se dirimen en una argumentación muy similar las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 3580/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1282/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011 (Sala Tercera, recurso 2573/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 3747/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 6444/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 6226/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 6546/2006, ponente Martí García), sentencia

5. La última de las resoluciones que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007⁸⁴, en la que D^a. María, que no se encontraba inmunizada frente a la Toxoplasmosis y era consciente de ello desde una edad muy temprana, al quedarse embarazada no le señaló nada sobre este extremo a su médico. Durante la gestación acudió al servicio de urgencias de su localidad de residencia por sangrado vaginal, siéndole diagnosticado riesgo de aborto, por lo que se le prescribió reposo domiciliario. Se solicitó además la práctica de pruebas de serología de toxoplasmosis, Lues y Rubéola, cuyos resultados no fueron conocidos por la paciente hasta pasados varios meses, siendo el primero de los parámetros positivo. Ante esta situación se le sometió a una ecografía, en la que en principio no se observaron evidencias de enfermedad fetal⁸⁵. Sin embargo, y a pesar de este resultado alentador, finalmente nació un niño aquejado de graves dolencias.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por no haberse practicado una prueba de mayor calado a la gestante, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque D^a. María se sometió a actividades diagnósticas prenatales cuando se dieron los primeros problemas en la gestación, lo cierto es que éstas no fueron de gran fiabilidad (análisis y ecografía), algo que impidió diagnosticar la afección que presentaba el feto. No obstante, ¿nos encontramos ante una pérdida de oportunidad? Lo cierto es que no, ya que del mismo modo que ocurría en la controversia anterior, la sintomatología no era alarmante, aunque la situación sí lo fuese.

La pérdida de oportunidad es inexistente, en primer lugar porque sin la información esencial de D^a. María el diagnóstico era imposible, y aunque podían practicarse más pruebas, lo cierto es que éstas

del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5736/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 4795/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (Sala Tercera 2931/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2602/2011, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 680/2010, ponente Lecumberri Martí).

84 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 4745/2003, ponente Puente Prieto.

85 No se trataría de un caso de *wrongful birth* porque nos hayamos en un estadio posterior a la semana número 22.

comportaban la asunción de riesgos innecesarios, en base a las circunstancias conocidas. En segundo lugar, conviene tener presente que el feto sufrió el contagio de toxoplasmosis con carácter previo a toda actividad de diagnóstico, por lo que carecía de “oportunidad” alguna desde el momento mismo de la concepción.

A pesar de que sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no tenemos constancia de ello, porque la pretensión en casación de los padres fue intentar equiparar la presente relación fáctica con un supuesto de *wrongful birth*.

3.3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario

En este bloque de asuntos analizaremos casos en los que la problemática gira en torno a la falta de actividad ante un diagnóstico concreto, o bien una actuación tardía.

3.3.1. Supuestos en los que la figura fue estimada

1. El primero de los litigios que analizaremos es uno de los más llamativos que encontraremos en el presente apartado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008⁸⁶. En esta controversia D. Valentín, un buceador experimentado, se encontraba practicando una inmersión a bajas profundidades, algo para lo que estaba autorizado, dado que de acuerdo con la reglamentación vigente, el punto de buceo se encontraba a menos de dos horas de la cámara hiperbárica más cercana. Durante el desarrollo de la actividad deportiva D. Valentín sufrió un accidente de descompresión sobre las 13,45, hora en la que se dio aviso de la situación en la que se encontraba y de sus necesidades. Aunque su estado era de gravedad no se movilizó ningún helicóptero, y en su lugar fue una ambulancia en su busca, algo que implicó que el paciente tardase una hora en llegar al centro médico más cercano, en el que además no pudo ser tratado, porque no contaba con una cámara hiperbárica. Permaneció en este hospital hasta las 18,30 de la tarde, hora en la que se había programado su traslado a otro sanatorio, donde sí que contaban con los medios necesarios para tratarle. Sin embargo, su transporte fue nuevamente en ambulancia en lugar

de en helicóptero, porque el piloto había sido mal informado sobre la altura que podía llegar a soportar el paciente y consideró que era inseguro volar a la que se le comentó, todo ello barajando datos incorrectos. El enfermo llegó al segundo centro a las 23,30 de la noche, donde fue tratado de manera inmediata en la cámara hiperbárica. No obstante, se había perdido mucho tiempo y la lesión neurológica de D. Valentín ya era bastante severa, traduciéndose en paraplejía⁸⁷.

D. Valentín pretendió el resarcimiento de las lesiones sufridas, siendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores por considerarse superfluas, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La evidencia y claridad del presente supuesto resultan patentes. Un buceador experto se encuentra sumergido en una zona donde puede practicar este deporte, únicamente porque existe una cámara hiperbárica a menos de dos horas de distancia. Al sufrir un desgraciado accidente necesitó hacer uso de la mencionada terapia, de la que prácticamente se le priva al sucederse un error tras otro, hasta llegar a relegar el tratamiento casi diez horas; con las consecuencias que ello tuvo para su integridad física. La certeza de sanación o mejora no existe en ninguna terapia, ni tampoco en el uso de la cámara hiperbárica, donde hay un margen de error de casi un 30%. No obstante, existe un elemento seguro en este caso, un retraso de más de diez horas en un acto médico urgente es una práctica condena para un paciente.

El juzgador consideró fútil la argumentación de la Administración, por la cual el uso de recursos, así como su distribución, es competencia de la misma; por lo que optar por movilizar o no un helicóptero es una opción propia. Sin embargo, la pérdida de oportunidad va más allá de la falta de movilización de un helicóptero y comienza con el traslado de un paciente que requiere un tratamiento a un centro que carece de medios a tal efecto, así como su retención durante largas horas sin una terapia adecuada, retrasando su curación. Tanto una actuación como la otra, privaron a D. Valentín de toda posibilidad de sanación o mejora. De esta misma manera opina el Tribunal Supremo cuando apunta “El Sr. Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, Sala Tercera, recurso 4776/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

⁸⁷ Debemos tener presente que la terapia de la cámara hiperbárica no supone una garantía de curación, dado que existe un porcentaje de un 28,5% de accidentados que son tratados en un plazo inferior a seis horas, que presentan lesiones permanentes.

diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor precocidad, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación. En estas circunstancias, a juicio de esta Sala, la de instancia se equivoca al negar la responsabilidad de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana por no haberse demostrado la relación de causalidad entre la atención que dispensó al recurrente y las lesiones que actualmente padece”⁸⁸.

2. El segundo supuesto a analizar, aunque igualmente evidente, no resulta tan llamativo como el anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006⁸⁹. En este litigio D. Juan Miguel sufrió un grave accidente de tráfico que le procuró las siguientes lesiones: traumatismo craneal con Glasgow 10-11, sin focalidad neurológica, traumatismo torácico con enfisema subcutáneo de predominio zona clavicular y cuello del lado derecho, traumatismo abdominal y fractura de la muñeca derecha.

Las actuaciones médicas desplegadas fueron plenamente diligentes y el estado de D. Juan Miguel mejoró ostensiblemente, salvo porque sentía fuertes dolores en la mano fracturada, algo a lo que no se le dio mayor importancia. Sin embargo, pasados unos días su estado comenzó a evolucionar de manera preocupante, hasta el punto de que sus dedos se pusieron azules y fríos, a lo que el personal sanitario limitó el tratamiento a mantener en alto la mano. Ahora bien, incluso cuando el paciente fue remitido a planta seguía acusando fuertes dolores, algo que se intentó paliar realizándose una pequeña incisión en la escayola, y en segundo lugar, abriéndola por completo, pero sin extraerla. Horas después, al observarse que la mano no había mejorado, el mismo médico que le venía atendiendo decidió quitarle el yeso, encontrándole dos escaras por decúbito, de las que derivó una isquemia que provocó la pérdida de esa mano, al requerir su rápida amputación.

D. Juan Miguel pretendió ser resarcido por el daño sufrido (la pérdida de su mano), pero su demanda fue desestimada en primera instancia, siendo estimada en apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo

No es necesario un gran esfuerzo cognitivo a fin de hallar la pérdida de oportunidad en el asunto que nos ocupa. D. Juan Miguel comenzó a acusar molestias que evolucionaron a fuertes dolores en una mano que tenía inmovilizada, una vez hubo mejorado de sus graves lesiones. A pesar de las constantes alusiones a su malestar, no se actuó en consecuencia, aunque D. Juan Miguel presentaba síntomas preocupantes: color azulado en los dedos, así como frialdad en los mismos. Tal fue la inactividad ante los padecimientos que presentaba el enfermo, que el yeso acabó provocando en su extremidad una importante lesión, que requirió la amputación de la mano. De haberse actuado correctamente, de acuerdo con las circunstancias de D. Juan Miguel (diagnóstico y tratamiento), es probable que la situación final no fuese la misma. El Tribunal Supremo parece mostrarse de esta misma opinión al afirmar “En primer lugar, el personal facultativo observó la presencia del síndrome compartimental (falta de riego sanguíneo y falta de oxigenación), dados los síntomas que presentaba la mano y dedos del lesionado, así como los masajes y cambio de posición ordenada del miembro. Se detectó, por tanto un síndrome compartimental en el antebrazo izquierdo y cuando salió de la UCI sufrió una isquemia en el citado brazo que le produjo la lesión permanente objeto de la presente reclamación, lo que contradice la versión de la recurrente en el sentido de que “no existían síntomas claros e indubitados de síndrome compartimental”. En segundo lugar, hay una causa que explica la producción del resultado puesto que, dados los síntomas observados, es claro que el personal facultativo que atendió al paciente dentro y fuera de la UCI no previó el efecto natural de la compresión del miembro intervenido, la isquemia, ni adoptó los medios ordinarios para evitar su aparición favoreciendo la circulación sanguínea y oxigenación del miembros afectado, liberándolo de la presión a que estaba sometido; todo lo cual permite imputar el daño a la demandada por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, por el resultado, pues que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica en la medida en que ante una complicación natural por la compresión a que estaba sometido el

88 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008... *op.cit.* GARCÉS – GARRO RANZ comentando este mismo asunto, opina que el paciente no perdió el 100% de las posibilidades de curación al no ser introducido en una cámara hiperbárica a tiempo, ya que en materia sanitaria siempre nos movemos en las arenas de la incertidumbre. Sin embargo, queda acreditada la existencia de un retraso indebido y anexo al mismo, la pérdida de cualquier oportunidad de la víctima de someterse a un tratamiento acorde a sus circunstancias. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 55.

89 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 59/2000, ponente Seijas Quintana.

miembro, no adoptaron los medios necesarios para evitar la aparición de la isquemia que se produjo por falta de riego⁹⁰. La pérdida de oportunidad está presente en todas las actuaciones relacionadas con la mano amputada. No se hizo nada, no sólo para tratar la extremidad, sino a fin de conocer qué aquejaba al paciente⁹¹.

3. La tercera de las resoluciones sigue una línea muy similar a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002⁹², en la que D. Ernesto presentaba un tumor en la región peribucal, por lo que fue remitido al servicio de cirugía máxilofacial para su diagnóstico y tratamiento. Se le practicaron todas las pruebas necesarias, arrojando éstas resultados de malignidad, por lo que su extirpación temprana era el único tratamiento posible. Sin embargo nada de esto se hizo, sino que en su lugar la prueba se guardó en su historial clínico y ni siquiera se le notificó esto al paciente. Ello entrañó que el estado de salud del enfermo se viese agravado por la demora (seis meses), requiriendo como consecuencia de ello una intervención y un tratamiento más agresivos.

D. Ernesto consideró que la atención médica recibida no fue la adecuada, por lo que pretendió ser resarcido por el daño sufrido, viéndose en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

Nuevamente la evidencia de la controversia cae por su propio peso y se observa cómo la pérdida de oportunidad envuelve la práctica totalidad del supuesto. Tal y como se desprende de la lectura de los hechos, el paciente se sometió a las pruebas que le habían sido prescritas, evidenciando éstas que era necesaria una rápida actuación. Sin embargo, en lugar de hacer esto, los resultados se archivaron y no se le notificó nada al paciente. Es precisamente en este punto donde podemos observar, sin lugar a dudas, la pérdida de oportunidad. Aunque no puede llegar a conocerse con exactitud lo que supuso la falta de comunicación del resultado, podemos partir de que el

90 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006... *op.cit.*

91 En una línea muy similar se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio 7 de 2011 (Sala Tercera, recurso 6777/2009, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2757/2010, ponente Lecumberri Martí) y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 2892/2011, ponente Enriquez Sancho).

92 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, Sala Tercera, recurso 3827/2001, ponente Lecumberri Martí.

tratamiento paliativo tuvo que ser mucho más agresivo. De esta misma opinión se muestra el juzgador al afirmar “Los hechos sobre los que se sustenta la acción de responsabilidad por disfuncionalidad de los servicios públicos sanitarios, por la demora aproximada de seis meses en la remisión del informe y análisis médico, por parte del servicio de cirugía del hospital “La Alcaidesa” al de cirugía máxilofacial del hospital “La Paz”, para la valoración y aplicación del tratamiento que requería la patología que presentaba el demandante -después de habersele extirpado y biopsiado un nódulo retroauricular izquierdo-, son reconocidos en el expediente administrativo por la inspectora-médico doña Camila -folio 11-, en el que precisa que “si bien no se puede conocer con exactitud las consecuencias de la citada demora, no obstante, considera que el tipo de patología que presentaba el paciente aconsejaba que la aplicación del tratamiento fuera lo más precoz posible”⁹³.

4. El último de los litigios que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009⁹⁴, que al igual que ocurría en la controversia anterior, gira en torno a la no notificación de un resultado médico. D^a. Inés fue sometida a dos transfusiones de sangre, como consecuencia de haber sufrido sendos abortos en el año 1993. Las unidades de sangre que le transfundieron estaban infectadas por el virus del VIH, por lo que ésta fue contagiada, algo de lo que se tuvo conocimiento en el año 1994 por una prueba de triple screening que se

93 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006 (Sala Tercera, recurso 6445/2001, ponente Robles Fernández) es prácticamente idéntica a la resolución inmediatamente estudiada, por lo que su análisis sería repetitivo. En este litigio fue una nueva falta de notificación la que provocó la pérdida de oportunidad, aunque en este caso motivado porque la paciente, D^a. Mercedes, no pudo acudir a una cita. Al solicitar una nueva visita, ésta fue fijada diez meses más tarde, fecha en la que el carcinoma que padecía la paciente se había extendido, hasta el punto de que el único tratamiento posible fue la extirpación de ambos ovarios y el útero. La pérdida de oportunidad la hallamos, no en la esterilidad de D^a. Mercedes, sino en la pérdida de expectativas. ASUA GONZÁLEZ nos presenta un litigio muy similar, una sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso sección cuarta, de 5 de noviembre de 2003, en la que un paciente al que habían eliminado una lesión verrugosa maligna, fue citado con posterioridad para comunicarle el resultado, que era de malignidad. Sin embargo, por alguna razón que desconocemos, éste no pudo acudir a esta consulta, algo que provocó que el resultado canceroso no le fuese notificado hasta dos años después, para cuando cualquier actuación resultaba inútil, falleciendo el enfermo al de seis meses de conocer la noticia. Esta controversia sufrió la misma suerte estimatoria que el caso ahora estudiado. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 61.

94 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7787/2004, ponente Herrero Pina.

le practicó a la paciente, al encontrarse ésta embarazada, y de lo que sin embargo no fue informada hasta pasados tres años, en 1997. Fue precisamente el 9 de septiembre de 1997 cuando D^a. Inés recibió la noticia de su condición de seropositiva, con las consecuencias que ello suponía. El hecho de que la enferma no conociese que se encontraba contagiada de Sida, implicó que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar que su hijo resultase contaminado (tanto durante el embarazo, como durante la lactancia).

A pesar de que inicialmente las intenciones de la actora y su familia fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, éstos pretendieron su plena estimación, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo, junto con la parte demandada.

Nos hallamos ante un supuesto muy similar al anterior, hasta el punto de que vuelve a ser una comunicación tardía el origen del daño. Es innegable que existe un elevado riesgo de contagio de VIH de una madre al feto, pero a día de hoy es posible desplegar medios y cautelas (que ya existían en 1994), que permitan evitar una transmisión.

D^a. Inés desconocía la afección que padecía, a pesar de que en el curso de una prueba durante el embarazo ésta le fue diagnosticada. Se nos presentan dos hipótesis en el presente caso, por un lado, cómo hubiese actuado la paciente de conocer dicha eventualidad, y por otro, qué habría ocurrido de aplicarse los medios para aislar al feto del VIH. Es por ello por lo que la pérdida de oportunidad no se encuentra en la contaminación con VIH de la madre al feto, sino en que éste se vio privado de cualquier posibilidad de nacer sano.

Aunque la decisión del Tribunal Supremo a este respecto resultaría de sumo interés, el juzgador no llega a pronunciarse sobre este extremo⁹⁵.

95 ASUA GONZÁLEZ comenta un supuesto muy similar al ahora analizado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999, que nos presenta un caso en el que un paciente sufrió un accidente de tráfico del que derivaron una serie de lesiones de una gravedad media, y que sin embargo dadas sus características, éstas debían estar sometidas a un estricto control y tratamiento, al tener una elevada potencialidad de degenerar en una gangrena gaseosa. No obstante, ninguno de estos puntos le fueron notificados al paciente, por lo que no pudo llegar a adoptar ningún tipo de cautela, sufriendo una gangrena, que como única vía de solución tuvo la amputación. Observamos cómo las circunstancias de ambos litigios resultan similares, ya que la falta de notificación de una circunstancia de gran relevancia provocó que los pacientes no pudieran adoptar precauciones, conllevando ello importantes secuelas para ambos. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* op.cit., p. 31.

3.3.2. Casos en los que la figura fue desestimada

5. La primera de las resoluciones que analizaremos dentro del grupo de las desestimadas de este apartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007⁹⁶. En este asunto D. Fermín ingresó en el servicio de cirugía cardiovascular de un hospital cercano a su localidad de residencia, a los efectos de ser valorado de una cardiopatía reumática, figurando un antecedente de ACVA siete años antes. Para su diagnóstico se le indicó que cesase en la medicación que se encontraba tomando (Sintrom), siéndole practicada el día 13 de septiembre una ecografía, en la que se confirma la existencia de una afectación trivalvular y coronaria angiográficamente normales, requiriéndose la práctica de una intervención, de carácter más o menos urgente. Ésta no se planificó con mucha celeridad porque la UCI del centro sanitario se encontraba cerrada por reformas, del día 13 de septiembre al 27 del mismo mes. En virtud de ello, el paciente fue dado de alta, con su medicación habitual, siendo citado para su reingreso el día 19 de septiembre. Al llegar la mencionada fecha, el enfermo acudió nuevamente al sanatorio donde iba a ser operado, presentando el día 20 dolor abdominal, vómitos y rectorragias; algo probablemente motivado porque en la medicación indicada para el tratamiento no se incluyeron antiagregantes. Al día siguiente es visto por el digestivo, que ordena dieta absoluta, indicando nolitil para dolores y Primperan por si tenía vómitos, solicitando también la práctica de rectoscopia y enema opaco, con carácter urgente.

A pesar de los esfuerzos desplegados, a partir de las nueve y media de la noche el paciente dejó de responder a estímulos, por lo que tras ser valorado por cirugía cardiovascular, se le diagnosticó de ictus embólico en el territorio cerebral medio izquierdo. Dos días más tarde, el servicio de neurología decidió iniciar medidas antiedema con Manital, así como ventilación con O₂ a alto flujo y dexametasona, al observarse la falta de mejora.

A partir de ese momento la salud del enfermo se fue degenerando, por lo que la familia solicitó su traslado al primer hospital donde había estado ingresado, el de su localidad de origen. Sin embargo, este deseo no llegó a cumplirse, al fallecer D. Fermín durante la tramitación del mismo.

96 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 9302/2003, ponente Robles Fernández.

La familia del finado consideró que los hechos del supuesto deberían ser reprochados, aunque su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La duda que se suscita en el presente litigio radica en la razón de ser por la cual el Alto Tribunal no ha considerado la existencia de un daño indemnizable en la presente controversia. Debemos tener en cuenta que un paciente que requería una intervención, más o menos urgente, no pudo ser sometido a la misma por el simple hecho de que la UCI del centro sanitario se encontraba en reformas; por lo que la cirugía se atrasó. Se trata de una contingencia subsanable con una actuación tan simple como la solicitud de un traslado. Sin embargo, y a pesar de ello, se decidió que el enfermo fuese operado en el sanatorio donde se le practicaron las pruebas, siendo dado de alta y nuevamente citado a fin de ser sometido a dicha actividad quirúrgica.

Puede resultar complicado comprender por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado un litigio como el presente en base a la pérdida de oportunidad, algo que nos hace preguntarnos si el juzgador está adoptando una postura arbitraria en la aplicación de esta construcción doctrinal. Ahora bien, un análisis más exhaustivo del asunto nos muestra lo adecuado de su decisión. Si bien es cierto que el paciente requería una operación, la urgencia de la misma no era tal como para necesitarla a muy corto plazo. Muestra inequívoca de ello es que al enfermo no se le mantuvo ingresado durante la espera, sino que fue remitido a su domicilio.

Partiendo de la corrección de las pruebas practicadas, así como del diagnóstico arrojado por las mismas, la pérdida de oportunidad se torna inviable, tal y como asegura el Tribunal Supremo “Por todo lo expuesto el motivo de recurso ha de ser desestimado, pues el fallecimiento del marido de la recurrente no fue debido a una mala praxis médica, por un retraso negligente en la práctica de la intervención quirúrgica no considerada como urgente que se le iba a practicar o por la pauta de una medicación que era la adecuada a la vista de sus padecimientos cardiovasculares, sino por una evolución de esos padecimientos, por los que estaba siendo tratado según lo que prescriben los conocimientos médicos estando en ello conforme todos los Informes médicos obrantes en autos. No acreditada pues la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad

patrimonial que se reclama, el motivo de recurso debe ser desestimado”⁹⁷.

6. La segunda controversia a estudiar, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009⁹⁸, es muy similar a la anterior, por lo que no será necesario un análisis en profundidad. D. Pedro Pablo sufrió un accidente de moto, ingresando en el hospital más cercano al lugar del siniestro sobre las 2,21 de la mañana. Nada más llegar al centro sanitario se le realizó una valoración inicial, que arrojó un resultado de traumatismo craneoencefálico menos grave (Galsgow 12-13). Tras este diagnóstico se comenzaron a efectuar las pruebas pertinentes para comprobar el alcance la lesión, entre las que se encuentra un análisis, así como un TAC, que se practicó sobre las cuatro de la mañana; ya que la preparación del paciente fue complicada y el resto de las actividades diagnósticas requerían también de su tiempo.

El resultado del TAC fue más grave del esperado, ya que D. Pedro Pablo padecía graves lesiones cerebrales. Se dispuso su traslado a otro sanatorio donde pudiesen ser tratadas, dado que en el que se encontraba no existían medios a fin de intervenir un daño cerebral de tal magnitud. El enfermo salió del centro sanitario sobre las cinco de la mañana y llegó al segundo hospital pasadas las seis, ingresando en estado de coma profundo, falleciendo pocas horas después.

Los familiares del finado consideraron que la muerte de D. Pedro Pablo fue consecuencia de una actuación negligente, pero no vieron admitidas sus pretensiones en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

De nuevo se trata de una controversia en la que una lectura preliminar evidencia una clara pérdida de oportunidad. Un paciente que había sufrido un accidente de moto y que mostraba síntomas de lesión cerebral, fue atendido en un centro donde no podía ser

97 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007... *op.cit.* Cuentan con una dinámica prácticamente idéntica las siguientes resoluciones más actuales: sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 7584/2005, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 2939/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 1343/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5893/2006, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 5250/2010, ponente Lecumberri Martí).

98 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 9484/2004, ponente Herrero Pina.

tratado de las mismas y no fue remitido a otro hasta pasadas tres horas. No obstante, limitar el análisis a esta cuestión sería fragmentario, dado que debemos tener presente que en un primer momento, con el diagnóstico preliminar que se le realizó al paciente nada más llegar al servicio de urgencias, se evidenció que padecía una lesión cerebral, pero no que era de tal gravedad. Era necesario, que antes de trasladar al paciente, éste fuese estabilizado. Lo contrario podría suponer un empeoramiento para su estado, por lo que se optó por proseguir con el estudio diagnóstico, a los efectos de dilucidar el alcance de la afección.

Aunque pasaron tres horas desde la llegada del enfermo hasta que éste fue trasladado, ello fue debido a que durante ese periodo de tiempo se le estaban practicando toda una serie de pruebas, entre las que se encontraba un TAC, que ya de por sí requiere un tiempo de preparación. Una vez obtenido el resultado de la prueba definitiva, el TAC, se observó que el daño cerebral que padecía el paciente no podía ser tratado en ese centro, por lo que se iniciaron los trámites para el traslado. Este plazo, que a simple vista puede parecerse excesivo no lo fue, ya que es indispensable tener presente que fue necesario intubar al paciente, estabilizarlo, preparar una ambulancia medicalizada, localizar a un médico y una enfermera para que hiciesen el traslado con él; así como hallar un hospital donde pudiese ser atendido y que estuviese cerca de donde se encontraba. Ante esta perspectiva que se nos presenta, la pérdida de oportunidad se encuentra cada vez más desdibujada.

La actuación del centro sanitario fue adecuada, así como los lapsos temporales, que fueron los necesarios. El triste resultado final fue consecuencia directa de la gravedad de las lesiones que padecía el paciente y no porque éstas se hubiesen agravado por la espera; y aun habiendo sido así, ello no comprendería la responsabilidad, ni del centro, ni de su personal, por el simple hecho de que la demora era necesaria. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando destaca “En definitiva, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, al no apreciar una demora con efecto sustanciales en la asistencia sanitaria y en el empeoramiento de las gravísimas lesiones sufridas por el paciente, no son determinantes de una crítica como la que el recurrente realiza y que conduce a la calificación como ilógica u arbitraria de la valoración de los elementos probatorios efectuada por el Tribunal de instancia, que, correctamente y en función de dichos elementos, apreció que las lesiones, cerebrales gravísimas sufridas

por el paciente no eran susceptibles de tratamiento quirúrgico”⁹⁹.

El paciente no perdió oportunidad alguna, pues carecía de ella¹⁰⁰.

7. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006¹⁰¹ sigue un derrotero muy similar. D. Jaime sufrió un accidente laboral por el que fue atendido por el propio médico de la empresa, quien al efectuar una observación preliminar comprobó que presentaba un bulto en una ingle. D. Jaime fue diagnosticado de una hernia inguinal, siendo remitido al hospital más cercano, a los efectos de su valoración. Tras las pruebas pertinentes se le restó importancia al bulto, dándole mayor relevancia a un problema neuronal, probablemente consecuencia del accidente sufrido.

Pasados seis meses desde el percance, D. Jaime comenzó a presentar problemas de deambulación, algo que achacó a la hernia inguinal que padecía, por lo que acudió a un centro privado a fin de que le fuese extirpada. Sin embargo, esta cirugía no mejoró su situación, por lo que empezó a sospecharse que se trataba de un episodio neurológico, tal y como se

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009... *op.cit.*

¹⁰⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (Sala Tercera, recurso 125/2002, ponente Herrero Pina) se asemeja mucho al litigio ahora estudiado, por lo que su análisis resultaría repetitivo. Un paciente sufrió un desprendimiento de retina que permaneció asintomático hasta que éste fue irreversible, momento en el que perdió la visión. A pesar de que no había posibilidad alguna de evitar la ceguera del enfermo (ya que sólo tenía un ojo), éste solicitó la práctica de una cirugía ocular, que no se realizó con prontitud dado que no era urgente. El resultado de la misma no mejoró la situación del paciente, aduciendo éste que ello fue consecuencia de que la intervención fue tardía. No obstante, no cabe reproche alguno al presente supuesto, pues ninguna posibilidad fue perdida, el paciente ya estaba ciego y con nula esperanza de recobrar la visión. Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 6765/2001, ponente Lecumberri Marti), versa sobre la idea de la urgencia, tal y como ocurre en este grupo de supuestos. Una paciente llegó a un servicio de urgencias con un cuadro de bronquitis aguda, pero dado que su situación no era urgente, tuvo que esperar varias horas hasta ser atendida. Para cuando llamaron a la paciente, ésta se había ido a otro centro donde se le diagnosticó de cifoescoliosis, una complicación de la bronquitis. Asegura la enferma que ella llegó al hospital con una simple bronquitis y sufrió una agravación de la misma como consecuencia del tiempo que transcurrió hasta ser atendida. El nexo causal del presente asunto es inexistente, en la medida en que una agravación tal de la bronquitis no se puede producir por tres horas de espera, por lo que lo más probable es que la enferma ya padeciese dicho cuadro cuando llegó al centro sanitario, no siéndole detectado en el diagnóstico preliminar.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 3842/2002, ponente Herrero Pina.

confirmó *a posteriori*, con el diagnóstico de demencia presenil compatible con alzhéimer.

Dadas las limitaciones que le quedaron al paciente, su familia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio tiene un elemento diferenciador clave respecto de los anteriores, que hace que a simple vista la decisión adoptada por el juzgador no parezca tan arbitraria: la causalidad. La pretensión de la familia se centra en hallar una pérdida de oportunidad en la demora con la que se practicó la cirugía de la hernia, lo que sería el origen de las limitaciones de deambulación del paciente. Sin embargo, existe una imposibilidad clara para aceptar esta tesis, y es que si bien es cierto que la hernia existía y podía afectar a la salud del paciente, también lo es que su repercusión era mínima y carente de relevancia, por lo que la premura era inexistente; ya que incluso la extirpación era voluntaria.

Los problemas para caminar que afectan al enfermo no se encuentran relacionados con la hernia en cuestión. Ante esta tesitura nos encontramos con un escenario en el que, si bien la demora de la intervención es una realidad, también lo es que el daño final no derivó de la misma, por lo que no se perdió oportunidad alguna. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “Y en tal aspecto la sentencia de instancia, valorando los elementos de prueba de que dispone en las actuaciones, fundamentalmente informes técnicos, concluye en la inexistencia de tal relación de causalidad, como se ha recogido literalmente en el primer fundamento de derecho, sin que la parte cuestione en este recurso dicha valoración de la prueba por ninguna de las concretas vías que la jurisprudencia acepta, como son la infracción de una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba o la alegación de que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, y sin que partiendo de los hechos tenidos como ciertos en la instancia, que se refieren a la vinculación de los referidos padecimientos del recurrente a su patología neuronal, pueda llegarse a un resultado contrario respecto de dicho requisito de relación de causalidad, cuya concurrencia mantiene la parte, pero sin que aporte ni se refiera a dato o hecho alguno que avale tal planteamiento y ni siquiera aventure razonamiento alguno sobre la relación entre la hernia crural de la que fue intervenido y tales secuelas, menos aun con un retraso en su diagnóstico y

curación, refiriendo únicamente la falta del empleo de medios adecuados al efecto, que ninguna virtualidad tiene para exigir una responsabilidad patrimonial si el resultado lesivo que se pretende reparar no es una consecuencia de tal actuación”¹⁰².

8. Aunque el siguiente caso resulta muy similar, la dificultad propia de los hechos hará que sea necesario un análisis más profuso de la relación fáctica, a los efectos de comprender la decisión del juzgador. Esta es la controversia de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006¹⁰³, en la que D^a. Estela, ATS de profesión y en el ejercicio de sus funciones, acababa de poner una inyección cuando su hija Fátima, de dos años de edad, fue corriendo hacia ella chocando contra una de sus manos, aquella con la que sostenía la jeringa, pinchándose en el ojo izquierdo. En un principio la lesión no parecía revestir mayor gravedad y los padres de la menor prefirieron mantener una actitud expectante. No obstante, dos días más tarde el ojo de la niña estaba muy irritado, por lo que acudieron al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, donde dado el grado de inflamación del glóbulo ocular, se la mantuvo con antibióticos y constantes limpiezas, preparándola para una intervención reparadora. Para cuando la niña estuvo lista para la cirugía, 48 horas más tarde de su ingreso, su madre decidió llevarla a otro centro sanitario, donde finalmente fue operada 24 horas más tarde. A pesar de todo, la menor perdió ese ojo.

Los padres de la niña consideraron que la atención recibida no fue diligente, por lo que pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este asunto presenta semejanzas con los anteriores, lo cierto es que su análisis requiere una visión más amplia, ya que a primera vista se nos presenta una pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que se trata de una niña con una lesión ocular grave, cuyo tratamiento quirúrgico (dado que desde un primer momento se conocía que habría que acudir a la cirugía) se demoró hasta 48 horas, lo que provocó la pérdida completa del glóbulo ocular.

Esta breve alusión a los hechos nos presenta el escenario ideal para la pérdida de oportunidad, ya que la parsimonia de las actuaciones comportó que

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006... *op.cit.*

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 5093/2002, ponente Puente Prieto.

una niña de tan sólo dos años perdiese la visión de un ojo. Sin embargo, es necesario ir más allá y elaborar un estudio más profundo, y es que aunque es cierto que se tardó dos días en preparar a una paciente para someterla a una intervención urgente, ello fue consecuencia del estado en el que se encontraba el ojo de la menor. Dada la inflamación que presentaba, cualquier cirugía hubiese resultado imposible, o cuanto menos contraproducente. La lesión que padecía la niña se había agravado de forma alarmante porque acudió al centro sanitario 48 horas más tarde del accidente, ya que los padres habían decidido mantener una actitud expectante. Ello implicó que el ojo de la menor llegase irritado e inflamado, lo que dificultó el diagnóstico y requirió un plazo de estabilización antes de la operación. De haberse producido el ingreso de manera inmediata, o en un plazo inferior a 24 horas desde la lesión, las posibilidades de salvar el glóbulo ocular hubiesen sido mayores. El Juzgador parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “Junto con el hecho de que de la documentación antes referida no se deduce esa inasistencia de la enferma, es lo cierto que la documentación fue correctamente evaluada por el Tribunal de instancia que concluyó, en base a los informes obrantes en las actuaciones, que el tratamiento prestado a la niña en el Hospital Gómez Ulla fue en todo caso correcto y que la gravedad de la lesión se produjo por el hecho de que no se llevó a asistencia a la niña por parte de la madre de manera inmediata, al producirse la lesión, sino a los dos o tres días, lo que impidió que la asistencia sanitaria pública adoptara las medidas conducentes a fin de evitar una infección que, por otro lado, es posible que desde el primer momento de sufrir el traumatismo se había ya producido en los términos que expresa la Clínica Médico Forense el 20 de mayo de 1.999 en el informe que antes recogimos”¹⁰⁴.

Aunque el presente litigio mostraba los ingredientes básicos para la pérdida de oportunidad, un análisis cuidadoso de los hechos ha evidenciado que no se trata de un caso indemnizable, y menos por la vía de la pérdida de oportunidad¹⁰⁵.

104 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006... *op.cit.*

105 La temática enjuiciada en la controversia anterior se asemeja en gran medida a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 6157/2002, ponente Herrero Pina), por lo que procederemos a su estudio conjunto. En este supuesto D. Luis Andrés fue diagnosticado de un soplo aórtico en 1990, que sin embargo no le dio problemas hasta años más tarde, 1998, fecha en la que como consecuencia de una sintomatología concreta, se optó por someterlo a una intervención cardíaca. A pesar de que ésta se desarrolló con plena normalidad y el paciente se recuperó, éste consideró que había sufrido una pérdida de oportunidad. Según

9. Es probable que el siguiente litigio, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007¹⁰⁶, sea uno de los más llamativos del apartado que nos ocupa, así como uno de los más sencillos. La andadura del mismo comienza en el año 1989, cuando D. Luis Enrique ingresa en el servicio de urgencias de un centro sanitario cercano a su residencia, con claros síntomas de apendicitis. Sin embargo, durante la pendencia de las pruebas diagnósticas que le fueron practicadas, su sintomatología remitió y aunque se le recomendó que se operase, dado que era probable que este cuadro se repitiera, el paciente se negó y solicitó el alta voluntaria. Diez años más tarde, tal y como se había previsto, el cuadro se reiteró, aunque en esta ocasión no se trataba de una simple apendicitis, sino que había degenerado en una peritonitis que le había provocado una perforación de colón ascendente, de la que tuvo que ser intervenido de urgencia.

D. Luis Enrique consideró que había sido víctima de una negligencia médica, por lo que pretendió ser resarcido por las lesiones sufridas, para lo cual tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, ya que su demanda fue desestimada en instancias inferiores.

De la lectura de los hechos se desprende por qué el Tribunal Supremo no admitió la pérdida de oportunidad del presente asunto. D. Luis Enrique aduce que al no habersele operado 10 años antes de apendicitis, no se evitó la peritonitis que se le manifestó y las consecuencias que de la misma derivaron. Lo cierto es que la posibilidad de hallar aquí cualquier atisbo de pérdida de oportunidad es cuanto menos complicado, más si cabe cuando tenemos presente, que aunque el paciente tuvo signos evidentes de apendicitis

D. Luis Andrés, si hubiese estado sometido a un tratamiento conservador al ser diagnosticado, podría haber evitado la cirugía. Huelga decir que la relación entre la ausencia de un tratamiento y la operación es inexistente, por lo que no cabe condena alguna en base a la pérdida de oportunidad. Sigue una línea muy similar la sentencia Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3412/2002, ponente Robles Fernández), en la que D. Alfredo acudió a su médico por presentar una tumoración, que tras la práctica probatoria debida arrojó resultados de benignidad. Meses después el tumor cambió de forma y se tornó doloroso, por lo que el paciente fue sometido de nuevo a la misma batería probatoria, pero en esta ocasión el pronóstico fue de malignidad. El enfermo aduce, que de haber sido operado en un primer momento, el nódulo no hubiese llegado a ser maligno. De nuevo el nexo causal se vuelve a presentar como el principal escollo a fin de admitir una pérdida de oportunidad.

106 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 5538/2003, ponente Robles Fernández.

en el año 1989, y que se tenía pleno conocimiento de que a pesar de que remitieron podían volver a aparecer, éste rechazó el ofrecimiento de extirpársele el apéndice. D. Luis Enrique ya se encontraba advertido de la posibilidad de que los síntomas se repitiesen y aun así solicitó el alta voluntaria, por lo que la única pérdida de oportunidad existente es la que él mismo provocó. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al analizar este mismo litigio “El actor en 1.989 se negó según hemos de tener por probado a ser operado de apendicitis, pese a que era sabedor de su padecimiento, que no obstante remitió en aquellas fechas. Diez años más tarde, las actuaciones médicas que hemos puesto de relieve, ponen de manifiesto que no existió el retraso que el actor pretende, pues los informes médicos y declaraciones de facultativos que hemos recogido evidencian que el cuadro clínico del abdomen no requería una intervención quirúrgica urgente, por lo que no cabe aceptar la argumentación del actor que basa toda su reclamación en un supuesto retraso en la práctica de una intervención quirúrgica que para él sería urgente, urgencia que sin embargo no han puesto de relieve ni los informes médicos, ni la prueba testifical practicada de los que tampoco se evidenciaría un deficiente seguimiento médico del post-operatorio”¹⁰⁷.

No es necesario que añadamos mucho más a la presente controversia, dado que la inexistencia de un nexo causal hace imposible cualquier reproche, incluso acudiendo a la pérdida de oportunidad¹⁰⁸.

10. La antepenúltima problemática que será estudiada en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005¹⁰⁹, cuenta con una

107 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007... *op.cit.*

108 La similitud que la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 (Sala Primera, recurso 3525/1998, ponente Villagómez Rodil) tiene con la ahora estudiada, desaconseja un análisis individualizado de la misma, por su escasa aportación académica. En este asunto la actitud negativa del paciente tiene la incidencia suficiente como para romper el nexo causal del litigio. Una niña fue diagnosticada a muy temprana edad de una dolencia que le generaba tumores, y al comenzar a sufrir molestias en la espalda, acudió a un médico traumatólogo. Éste comenzó el tratamiento conservador habitual, pues en ningún momento se le informó sobre la afección de su paciente, algo que le hubiese permitido barajar una tumoración como posible origen de su dolor. No obstante, pasaron meses hasta que el médico pudo diagnosticar el tumor que afectaba a la paciente, lo que le provocó severas lesiones irreversibles y la necesidad de una delicada cirugía de urgencia. De nuevo se trata de un supuesto donde la pérdida de oportunidad la provoca el propio paciente y no el personal sanitario, algo que quiebra el nexo causal y con ello, cualquier pretensión de reproche.

109 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 1304/2001, ponente Puente Prieto.

fenomenología llamativa que dista de las anteriores sentencias. En este caso una menor llegó al servicio de urgencias de un hospital en estado de extrema gravedad, por haber ingerido un líquido, que hasta después de su fallecimiento no se supo que era abrillantador para suelos. Al llegar al sanatorio la paciente fue rápidamente atendida, diagnosticada y estabilizada, provocándosele el vómito en varias ocasiones, entre otras cosas. No obstante, los padres de la paciente olvidaron llevar la garrafa de la que había bebido la niña, lo que implicó que los médicos actuaran a ciegas, aunque los familiares de la enferma sospechaban que se trataba de amoníaco. A pesar de las dificultades diagnósticas, las actuaciones desplegadas dieron su fruto y la paciente mejoró ostensiblemente, por lo que pasadas las necesarias horas de observación, fue dada de alta. Sin embargo, poco después la niña comenzó a mostrar un cuadro de debilidad y dificultad respiratoria, por lo que fue rápidamente trasladada al centro sanitario, llevándose en esta ocasión la botella con el líquido que había tomado. Aunque se contaba con el recipiente, éste no estaba etiquetado, por lo que fue necesario ponerse en comunicación con el instituto de toxicología. Éste no pudo identificarlo con exactitud, por lo que recomendó el tratamiento habitual para las intoxicaciones graves. A pesar de los esfuerzos desplegados, la paciente falleció a consecuencia del envenenamiento, siendo después identificado el líquido, así como su letalidad.

Los padres de la menor estimaron que el fallecimiento de su hija debía ser resarcido, de forma que aunque sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La admisión de la pérdida de oportunidad en el caso que nos ocupa parece complicada, ya que aunque se trate de una paciente que llegó con una grave intoxicación a urgencias, el desconocimiento de la naturaleza y características del elemento contaminante, provocó serias dudas sobre las posibilidades de tratar a la niña de manera eficiente. A pesar de ello la enferma presentó una importante mejoría, por lo que se estimó que había sido debidamente atendida y fue dada de alta. Es precisamente en este punto concreto de las actuaciones médicas en el que la familia de la fallecida atisba una pérdida de oportunidad: el alta “prematura”. Estiman los padres de la menor, que dar de alta a la paciente tuvo como consecuencia no controlar su estado y no prever el súbito empeoramiento que sufrió. Sin embargo, nada puede encontrarse aquí susceptible de conformar una pérdida de oportunidad, porque todas las actuaciones médicas

fueron desarrolladas con plena diligencia. A esto debemos añadir que, dada la naturaleza del líquido ingerido por la enferma, poco más podía hacerse, ya que éste era letal. El Alto Tribunal parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “No cuestionada en esta casación la afirmación de la sentencia acerca de la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente, resulta obligada la confirmación de la sentencia recurrida al no haber sido acreditada la existencia de una deficiente asistencia médica, que en modo alguno puede deducirse de una actuación sanitaria practicada con motivo de la ingesta de un líquido, que la paciente manifestó que olía a amoníaco y que la familia expresó que consistía en agua destilada, y sin que de la circunstancia de que existiera una mejoría por la aplicación por vía endovenosa de calcio se derivara necesariamente la necesidad de monitorización del control del nivel de calcio, exigido cuando la ingestión se produce con fluosilicato de magnesio, cuya circunstancia se ignoraba por los médicos que, primero en vía de urgencias y luego en el hospital, prestaron atención médica a la paciente y que en cualquier caso no hubiera podido ser identificado, como indica la sentencia recurrida, de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina sobre pérdida de oportunidad consistente en el reconocimiento del derecho a que se declare la responsabilidad patrimonial por la privación de un tratamiento cuya eficacia no está absolutamente acreditada por causas imputables al personal sanitario”¹¹⁰.

La intoxicación que presentaba la niña, aunque se desconocía, era letal e irremediable. Independientemente de las actuaciones que fuesen desplegadas, la menor no habría podido sobrevivir a la ingesta del líquido abrillantador. Realmente esta paciente no tenía ninguna posibilidad de sobrevivir, por lo tanto, ¿qué oportunidad ha perdido? Ninguna¹¹¹.

110 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005... *op.cit.*

111 La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 263/1996, ponente Romero Lorenzo) sigue una dinámica comparable a la del asunto ahora analizado, por lo que su estudio individualizado supondría volver a ahondar en la misma temática. D^a. Mari Juana presentaba una herida en la pierna derecha, que se sometió a un tratamiento y un exhaustivo control por su condición de diabética. Aunque la laceración no presentaba mejoría, tampoco empeoraba, por lo que se optó por incrementar el control e intensificar la terapia. Pasado un tiempo desde esta decisión, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores, arrojando sospechas de ausencia de pulsos distales que fueron confirmadas, requiriendo la práctica de una actividad quirúrgica tan agresiva como la amputación.

11. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008¹¹² es la penúltima resolución que estudiaremos en este apartado, en la que D^a. Penélope, una niña de ocho años, fue diagnosticada de astrocitoma hipotalámico izquierdo, es decir, un tumor cerebral. Dicha tumoración estaba ejerciendo una gran presión sobre su glóbulo ocular derecho, lo que le estaba provocando ceguera. Al tratarse de un asunto urgente, la paciente fue intervenida el mismo día del diagnóstico, a los efectos de implantársele una válvula, y al día siguiente de nuevo, para practicársele una craneotomía temporopariental izquierda. Dos días después de la cirugía, encontrándose más estable, se le realizó un scanner que evidenció la existencia de restos de tumor en la zona operada, que no habían podido ser eliminados; pero al no tratarse de algo grave se optó por dejarlos ahí, dar de alta a la paciente y someterla a revisiones mensuales. El motivo de esta decisión radica en que esos restos del tumor eran sumamente delicados y su extracción podría irrogar graves daños a la paciente. Dos meses más tarde la enferma acudió al servicio de urgencias del hospital donde había sido operada, por presentar cierto malestar, observándose que los resquicios de la tumoración que habían quedado de la actividad quirúrgica anterior habían crecido; por lo que se procedió a la instalación de una nueva válvula. Tras la estabilización de la paciente, se le prescribió que volviese en un mes, a fin de comprobar el tamaño del tumor no extirpado y practicar una nueva operación, siempre y cuando la enferma fuese recuperando la vista, ya que de lo contrario sería un riesgo innecesario. Como pasado un mes la menor a penas había recobrado la visión, la familia de la niña decidió solicitar una segunda opinión, por lo que viajó a Canadá, donde la solución que les presentaron fue idéntica: de mejorar la visión de la niña, el riesgo de la cirugía sería asumible, en caso contrario, lo más prudente sería intentar reducir el tamaño del tumor con radioterapia. Con ese diagnóstico regresaron a España, donde la niña fue atendida en el mismo hospital en el que fue intervenida, y dado que no recuperó la visión de ese ojo en ningún momento, el tratamiento por el que se optó fue la radioterapia. El tamaño del tumor se redujo y

D^a. Mari Juana estimó la concurrencia de una pérdida de oportunidad en la falta de práctica de un *by-pass* cuando tuvo los primeros síntomas de alarma. Sin embargo, las posibilidades de repermeabilización de la paciente eran escasas o nulas, por lo que esta práctica médica no era viable. De todo lo aquí apuntado se deduce que las posibilidades de sanación de la paciente, desde el momento mismo en el que se presentó la lesión, eran prácticamente inexistentes, por lo que no procede acudir a la pérdida de oportunidad.

112 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 2364/2004, ponente Díez – Picazo.

fue estabilizado, pero la menor perdió la visión de ese glóbulo ocular por completo.

Los padres de la paciente consideraron que los tres meses que se dieron desde la primera actividad quirúrgica hasta la segunda fueron excesivos, así como que la radioterapia no se practicó a tiempo, condenándose a la paciente a perder la visión del ojo derecho. Sin embargo, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Conviene destacar de la controversia que nos ocupa, que desde el diagnóstico a la intervención paliativa pasaron escasas horas, razón por la cual los recurrentes no consideran incorrecta esta primera actuación, sino que estiman que el tiempo de expectación a los efectos de comprobar si la menor conseguía recobrar la vista fue excesivo, a sabiendas de que tenía restos de tumor. Estiman los padres de la enferma, que de haberse actuado con la debida rapidez, la niña habría podido recuperar parte de la visión del ojo perdido.

Puede resultar llamativa la actitud de los médicos que trataban a la paciente, más si cabe cuando tenemos presente que a la menor le quedaron partes de tumor que podían crecer, algo de lo que se tenía conocimiento. La enferma había perdido la visión de un ojo por la presión que había ejercido el tumor sobre el glóbulo ocular en cuestión, y si ésta no lograba a recuperarla de forma espontánea, una cirugía que eliminase los restos de tumoración que le quedaban no lo haría, de lo que debe inferirse que se trataría de una terapia arriesgada, traumática e innecesaria. Fue precisamente éste el motivo por el cual se decidió mantener en esta actitud expectante: si el tumor crecía, debía ser extirpado y también si no lo hacía pero la niña recuperaba la vista, de lo contrario cualquier actividad quirúrgica carecería de sentido.

Es complicado encontrar una pérdida de oportunidad en este litigio, ya que lo que provocó la ceguera de la enferma fue el tumor que ésta tenía, y no la actividad médica desplegada.

A pesar de que resultaría de sumo interés la lectura de los razonamientos del Tribunal Supremo sobre este caso, dada la argumentación del recurso, ello no será posible¹¹³.

113 La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 5535/2003, ponente Herrero Pina) tiene una relación de hechos similar en lo que a la actitud expectante se refiere. Un paciente que sufrió un grave

12. La última de las resoluciones que estudiaremos la hemos dejado para el final por ser la menos representativa de la pérdida de oportunidad, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002¹¹⁴. En este asunto D. Carlos José acudió a su médico de cabecera con un cuadro de dolor en la pierna derecha, quien tras un reconocimiento preliminar decidió remitirle al servicio de cirugía ambulatoria del centro sanitario más cercano, donde se le diagnosticó insuficiencia venosa con varios episodios de flebitis. Se le citó con el servicio de cirugía cardiovascular en un plazo de tiempo corto, fecha en la que el paciente no pudo acudir, por lo que vio retrasada la posibilidad de tratamiento los días en los que se tardó en volver a llamarle. Una vez pudo ser debidamente atendido, se constató que el enfermo requería una rápida intervención, ya que de lo contrario sería necesario amputar la pierna afectada. A pesar de que la cirugía se desarrolló correctamente,

accidente de tráfico, fue atendido en un hospital de las múltiples lesiones que sufrió, destacando sobre todas ellas una en el brazo izquierdo. Aunque desde un primer momento la evolución de la mano fue irregular, lo cierto es que el traumatismo que padecía requería de un plazo de observación antes de acudir a cualquier actividad médica, restándole al enfermo importantes limitaciones de movilidad. La víctima considera que la lentitud en las actuaciones fue lo que motivó las consecuencias que ahora padece y que es precisamente en esta omisión donde se encuentra la pérdida de oportunidad. Sin embargo dicha hipótesis atenta contra los principios de esta construcción doctrinal, porque las secuelas que le quedaron derivaron del accidente que sufrió, y no de la atención médica, que era la única opción sanitaria a adoptar en su situación. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 8362/2003, ponente Puente Prieto) es prácticamente idéntica a este grupo de supuestos, por lo que seremos breves en su análisis. D. Rogelio tuvo un grave accidente de circulación en el que sufrió múltiples lesiones. Entre las mismas había una de carácter menor en relación a las anteriores, que no pudo ser tratada en el centro en el que se encontraba, porque carecía de medios para ello. No obstante, cualquier traslado a otro hospital estaba desaconsejado hasta que el enfermo hubiese evolucionado de sus dolencias más graves. 21 días más tarde del accidente pudo ser llevado a otro hospital a los efectos de ser tratado de la lesión en cuestión, a pesar de lo cual al paciente le restaron severos daños. No es necesario remarcar demasiado que la supuesta pérdida de oportunidad que pudiese aducirse en la “espera forzosa” es inexistente, puesto que D. Rogelio, dadas sus circunstancias, no podía ser desplazado a otro sanatorio; ya que esto habría empeorado las lesiones que resultaban de mayor entidad. De manera contraria se pronuncia ASUA GONZÁLEZ, ya que considera que la indemnización del presente litigio se encuentra fundamentada. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria... op.cit.*, p. 59. Opinión no compartida con GARCÉS – GARRO RANZ, al estimar esta autora que la actitud del Tribunal Supremo se basó más en la pérdida de oportunidad, que en la concurrencia de culpas. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 58.

114 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002, Sala Tercera, recurso 2203/1998, ponente Lecumberri Martí.

las lesiones vasculares que padecía D. Carlos José resultaban de tal entidad, que lo único que pudo hacerse fue amputar la extremidad en cuestión.

En base a los mencionados hechos, D. Carlos José pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como hemos señalado al comienzo de la redacción del presente litigio, este caso es uno de los menos representativos de la pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que ésta no existe. El paciente no acudió a una cita por razones que desconocemos y fue nuevamente emplazado a los efectos de acudir a un reconocimiento escasos días después, algo que obviamente no pudo agravar su lesión hasta el punto de requerir una amputación, ya que sería necesario un intervalo de tiempo mayor.

3.4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico

La materia objeto de estudio en este apartado puede resumirse en una análisis conjunto de la pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico, así como la relación entre ambas nociones.

3.4.1. Conflictos en los que la figura fue admitida

1. La primera de las resoluciones que analizaremos es probablemente una de las más representativas del presente bloque, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001¹¹⁵. En este caso D. Héctor acudió a un servicio de urgencias aquejado de un cuadro de dolor en el pecho, sudoración y malestar. Al paciente se le sometió a una exploración y dos electrocardiogramas, con la excepción de que uno de ellos no fue correctamente interpretado. Dado que los resultados que arrojaron las pruebas practicadas fueron normales, el enfermo fue enviado a su casa. Sin embargo, éste regresó a urgencias seis horas más tarde, por no remitir la sintomatología que padecía, a pesar del tratamiento con vasodilatadores que le había sido prescrito. La situación de D. Héctor era propia de un infarto y no de una angina de pecho, pero dada la antes mencionada errónea lectura de los electrocardiogramas, D. Héctor fue nuevamente remitido a su domicilio con un tratamiento de analgésicos; donde falleció por un infarto de miocardio.

La familia del finado estimó que la muerte del paciente fue consecuencia de una pérdida de oportunidad motivada por un error de diagnóstico, por lo que pretendió la indemnización del daño sufrido. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto, a pesar de que no es especialmente llamativo, es uno de los más claros por la naturaleza de la relación fáctica. Es necesario tener presente que se trata de un paciente que no acude en una ocasión al servicio de urgencia, sino en dos, a pesar de lo cual, y fruto de la interpretación incorrecta de una actividad diagnóstica (error de diagnóstico), no recibe el tratamiento adecuado. Aunque de las apreciaciones del perito puede inferirse que el paciente no mostraba el cuadro típico del infarto de miocardio, existían ciertos síntomas que resultaban preocupantes.

La primera actuación médica fue correcta, ya que la práctica probatoria desplegada fue la idónea, todo ello a pesar de que concurrió un error de diagnóstico, que motivó que no se detectase que lo que realmente padecía el enfermo era un infarto y no una angina de pecho. En virtud de la desacertada diagnosis, la terapia prescrita fue inadecuada, aunque el mayor de los errores se produjo en la segunda atención. Los vasodilatadores no estaban cumpliendo su función correctamente, probablemente porque la dolencia que se estaba tratando, o bien era distinta o de mayor gravedad, tal y como ocurrió. La actitud correcta, dadas las circunstancias, hubiese sido repetir las pruebas anteriormente practicadas, algo que no se hizo, o en su defecto mantener al paciente en observación.

Aunque en el presente caso la pérdida de oportunidad se entrelaza con la idea del error de diagnóstico, hasta el punto de que pueden llegar a confundirse, lo cierto es que hemos abogado por el primero de los conceptos, por el simple hecho de que, si bien es cierto que existió un error de diagnóstico, éste se dio en la primera atención que recibió el paciente. Esto es, que aunque fue el origen de la problemática, no conforma la esencia del litigio en cuestión, estando más presente la pérdida de oportunidad que el propio error de diagnóstico.

Desconocemos cuál era la lesión que el enfermo padecía y los márgenes de sanación o mejora que podía llegar a presentar, es decir, no podemos llegar a saber si el paciente, de haber recibido una segunda atención correcta, habría podido salvar su vida; pero lo que sí es seguro es que éste fue condenado por los

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 47/1996, ponente Romero Lorenzo.

tratamientos médicos que recibió. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando asevera “Resultado de todo este acontecer, que en modo alguno puede calificarse de diligente y adecuado a la función que un Servicio de Salud debe desarrollar, ha sido que por dos veces consecutivas hubiese sido remitido a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, un paciente cuya sintomatología, analizada con mayor detenimiento o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como así se evidenció al cabo de 3 horas al producirse el tercer ingreso en situación de parada cardiorrespiratoria y estado de coma profundo, produciéndose su fallecimiento unos veinte días más tarde”¹¹⁶.

Aunque la pérdida de oportunidad se entrelaza con el error de diagnóstico, los márgenes de una y otra figura son claros. El error de diagnóstico se produjo en la interpretación errónea de una prueba practicada en la primera atención, mientras que la pérdida de oportunidad se dio en las dos asistencias, tal y como se colige de las palabras del juzgador.

2. La segunda de las controversias es prácticamente idéntica a la anterior, aunque el Tribunal Supremo se muestra mucho más contundente con la pérdida de oportunidad, hablamos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007¹¹⁷. En esta controversia D. Lucas, de 59 años de edad, con antecedentes de úlcera duodenal, diabetes e hipertensión arterial, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, con un cuadro de dolor en epigastrio con irradiación en hipocondrio izquierdo y brazo izquierdo, vómitos y aumento de tensión arterial. Una vez allí, y tras la práctica de una serie de pruebas basadas en una sospecha errónea del médico que le atendió, se le diagnosticó de crisis hipertensiva y agudización de úlcera duodenal. Fue tratado con medicación sublingual, y tras permanecer en observación hasta que los valores de hipertensión fueron normales, fue remitido a su domicilio, pautándose control al día siguiente por su médico habitual. La madrugada de ese mismo día D. Lucas se vio en la necesidad de acudir al mismo hospital por dolor intensificado en epigastrio, ante lo que se sospechó una posible perforación de úlcera, para cuyo diagnóstico se practicaron una nueva serie de pruebas que detectaron un infarto de miocardio

extenso. El paciente ingresó de manera inmediata en la UCI, a pesar de lo cual falleció sobre las diez de la mañana del día siguiente.

Los familiares del fenecido consideraron que el error de diagnóstico del que fue víctima D. Lucas provocó una pérdida de oportunidad, que prácticamente le condenó, por lo que pretendieron la indemnización del daño sufrido; para lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Las similitudes entre el presente supuesto y el anteriormente analizado son indiscutibles. Partimos de un error de diagnóstico que provoca que un infarto de miocardio no sea detectado y que el paciente fallezca, con la diferencia de que en este caso, en la segunda ocasión que D. Lucas acudió a urgencias, se le practicaron nuevas pruebas que evidenciaron que lo que padecía era un infarto. El error de diagnóstico lo encontramos en la primera atención que recibió el paciente, en la que una sospecha del médico que le atendió, hizo que las pruebas se limitasen a comprobar unas determinadas dolencias, no llegando a diagnosticar correctamente el padecimiento de D. Lucas.

La falta de una terapia adecuada provocó que el estado del paciente se viese agravado, y con ello sufriese una pérdida de posibilidades de sanación o mejora. Desconocemos, si dados los antecedentes del enfermo, cabría posibilidad alguna de curación, pero lo que resulta objetivamente claro es que se provocó la pérdida de cualquier expectativa de vida. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando asevera “...una valoración del informe médico forense conforme las reglas de la sana crítica lleva a considerar que hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica. Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001... *op.cit.*

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2003, ponente Robles Fernández.

de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado¹¹⁸.

Aunque las probabilidades de supervivencia del paciente fuesen mínimas, llegaban al porcentaje básico que requiere el concepto, tal y como ocurría en el asunto anterior; ya que de lo contrario el Alto Tribunal ni siquiera hubiese llegado a barajar la pérdida de oportunidad. De nuevo, tal y como remarca el juzgador, el daño que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo, sino la pérdida de expectativas.

3. Hallamos una situación muy similar a la anteriormente comentada en la siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹¹⁹. En el presente litigio una paciente fue remitida al hospital más cercano desde un centro de asistencia primaria, por presentar un cuadro de cefalea intensa frontal, mareo rotatorio, vómitos espontáneos y pérdida de conciencia de unos 30 minutos, bradicardia, aturdimiento posterior y rigidez de nuca con dolor y vértigo. Ante esta sintomatología se solicitó la práctica de las pruebas necesarias, a fin de descartar una posible hemorragia subaracnoidea. A pesar de que la recomendación señalaba claramente que fuese atendida por el servicio de neurología, la enferma fue tratada por un médico residente en Medicina general, que le sometió a toda una serie de pruebas, y al comprobar la normalidad de las mismas, así como que la paciente se encontraba asintomática, le dio el alta, prescribiéndole reposo domiciliario entre 24 y 48 horas. Aunque la atención que recibió la enferma fue correcta, lo cierto es que era imprescindible una prueba añadida, concretamente un TAC, que hubiese revelado que lo que realmente presentaba era una meningitis.

Al día siguiente tuvo que volver al centro sanitario por persistir la sintomatología que horas antes había remitido. Al practicársele una nueva exploración se observaron indicios de meningitis, contra los que poco pudo hacerse, a pesar de la afanosa labor del equipo médico que le atendió, ya que la paciente feneció horas después de su segundo ingreso.

Los familiares de la fallecida consideraron que la muerte de la enferma vino motivada por una pérdida de oportunidad reprochable, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

118 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007... *op.cit.*

119 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 6369/2003, ponente Puente Prieto.

En este litigio encontramos que la sombra del error de diagnóstico sobrevuela la práctica totalidad de los hechos. No obstante, su contundencia es menor al concurrir dos elementos accesorios, la falta de realización del TAC y el alta precipitado que recibió la paciente. Partimos de que la enferma había sido vista con carácter previo por un médico, que ya había apuntado sospechas de una dolencia grave, por lo que solicitó la práctica de un amplio estudio por el servicio de neurología, siendo en su lugar atendida por un médico de Medicina general. Lo prudente en este caso habría sido someter a la paciente a una prueba de amplio calado, como lo es el TAC, y desde luego no darle de alta, por mucho que ésta se encontrase asintomática. Con estas actuaciones las escasas posibilidades de sanación o mejora de la enferma desaparecieron. De una manera prácticamente idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “Ciertamente el Tribunal de instancia es tajante al aceptar que desde un primer momento no se le practicó y debió de realizarse un TAC a la paciente según resulta unánimemente de los informes obrantes en el expediente administrativo. Consta igualmente acreditado, según la sentencia, que no se intentó la embolización del aneurisma en el mismo acto en que se realizó la angiografía, concluyendo sin embargo que ello no puede acarrear sin más la responsabilidad patrimonial pretendida por el recurrente, puesto que no han quedado acreditada las consecuencias de su no realización, ni tampoco si de haberse realizado se hubiera evitado el desgraciado fallecimiento de la enferma”¹²⁰.

4. El último de los supuestos de hecho que estudiaremos en este bloque de resoluciones estimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009¹²¹. En este caso D. Jesús Manuel, que tenía antecedentes de epilgastria, acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia por presentar un cuadro de dolor en el abdomen.

120 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 (ponente Sala Tercera, recurso 5078/1997, ponente Xiol Ríos) cuenta con una dinámica similar en la que una paciente, tras ser diagnosticada de pancreatitis, fue intervenida de urgencias, pero por no haber camas libres en la UCI, se le remitió a planta. No obstante, se había producido un error de diagnóstico, porque lo que realmente aquejaba a la paciente era un cáncer de páncreas. Sin embargo, también media una importante pérdida de oportunidad, porque al no encontrarse la paciente en la UCI, no pudo detectarse el edema agudo que se le presentó y que provocó su fallecimiento. Sigue una línea similar la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 3383/2011, ponente Lecumberri Marti).

121 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7840/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

Fue tratado con analgésicos y dado de alta para que su médico de cabecera mantuviese los controles debidos. Sin embargo al no mejorar, acudió el día siguiente al mismo servicio de urgencias, con un cuadro de dolor, fiebre y escalofríos. Al descartarse una posible inflamación de la vesícula, fue dado de alta de nuevo. Tres días más tarde volvió al mismo servicio médico, por no mostrar ninguna mejoría y por sufrir durante más de seis horas un cuadro de dolor abdominal intenso, para lo que se le prescribieron antiácidos, siendo remitido de nuevo a su domicilio. Horas más tarde de esta última visita, tuvo que regresar al servicio de urgencias por cuarta vez, procediéndose a su ingreso hospitalario para la práctica de pruebas al día siguiente, en las que se observó que lo que le provocaba los dolores era una peritonitis, que le había perforado la vesícula, por lo que se ordenó su rápida intervención.

A pesar de la premura y de que la cirugía se desarrolló correctamente, tras la misma el paciente presentó un fascitis purulenta como consecuencia de una infección hospitalaria, requiriendo de una nueva operación, muy agresiva, para mejorar de la mentada infección.

D. Jesús Manuel consideró que fue víctima de un error de diagnóstico que le provocó una pérdida de oportunidad. Sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta controversia es probablemente una de las más claras, sobre todo en lo relativo a la separación entre el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad. Un paciente con un cuadro de problemas gástricos acudió a un centro sanitario hasta en cuatro ocasiones, en un plazo de 5 días, no siendo correctamente diagnosticado hasta el final, porque no se le realizaban pruebas de entidad, ni siquiera a efectos preventivos. Cuando se decidió su ingreso se esperó un día más para la práctica de las mismas, y para entonces la peritonitis ya había perforado la vesícula del paciente, siendo su estado de extrema gravedad. A lo que debemos añadir, que cuando comenzó a presentarse una infección (añadida, porque una peritonitis ya es una infección), se mantuvo una nueva actuación expectante, que supuso la necesidad de una práctica quirúrgica agresiva. Es precisamente en ambas conductas pasivas donde hallamos la pérdida de oportunidad, más allá del error de diagnóstico. De haberse actuado con mayor rapidez y no haberse remitido al paciente en tres ocasiones a su domicilio sin un diagnóstico, es probable que la cirugía necesaria

no habría tenido que practicarse con tal urgencia, con las complicaciones añadidas que ello entrañó. El Tribunal Supremo se decanta por esta misma idea al aseverar “El anterior relato pone de manifiesto tres datos relevantes. En primer lugar, que la afección que padecía no era extraña ni excepcional, pues la inflamación de la vesícula biliar en que consiste la colecistitis aguda, que se acompaña de dolor intenso y de síntomas digestivos, es una causa muy frecuente de consultas de urgencia y de cirugía en adultos. No obstante - aquí surge el segundo dato- y pese a contar con antecedentes por epigastralgias (tres años antes visitó el servicio de urgencias por esta causa), se tardó cinco días en ingresarle y dos más en detectarle una peritonitis que obligó a intervenirle de urgencia. La última idea consiste en que la peritonitis, en sí misma una infección, exigía una vigilancia extrema durante el postoperatorio del Sr. Jesús Manuel y, sin embargo, pese a presentar un cuadro con fiebres altas y olores nauseabundos, según él relata y asume la Administración (pues dice que la fascitis fue purulenta), no se actuó hasta seis días después, con el desenlace y las secuelas que conocemos. Consideramos que, en estas circunstancias, la indebida asistencia sanitaria queda suficientemente acreditada, pues resulta evidente que ese desenlace no es el normal de un padecimiento como el que aquejaba al recurrente y que le obligó a acudir al servicio de urgencias del hospital administrado por la Generalitat Valenciana en repetidas ocasiones, produciéndose un retraso en el diagnóstico y la consiguiente tardanza en la intervención”¹²².

3.4.2. Supuestos en los que la figura fue desestimada

5. Comenzamos el análisis de las resoluciones que corrieron la suerte contraria, es decir, fueron desestimadas. El primero de los asuntos a estudiar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005¹²³, en el que un médico de guardia recibió una llamada de un domicilio, que fue calificado como “urgencia normal”. Al llegar a la vivienda de la que había recibido el mensaje, encontró a la enferma en la cama, con dolores abdominales y vomitando. Éste le tomó el pulso y comprobó que en el vómito no hubiese sangre, y dado que había ingerido una comida especialmente grasa, siendo una mujer obesa, le

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009... *op.cit.*

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005, Sala Primera, recurso 3272/1997, ponente Martínez - Calcerrada Gómez.

prescribió buscapina por padecer lo que él diagnosticó como un cuadro de gastritis; durando la visita en cuestión ocho minutos. Tras esta actuación la paciente presentó una ligera mejoría por el tratamiento, manteniéndose consciente y hablando, sin quejarse; hasta quedarse dormida. Sin embargo pasadas unas horas, sobre las diez de la noche, sufrió un desvanecimiento, por lo que se dio aviso al servicio de urgencias, que se presentó en el domicilio en menos de un cuarto de hora, encontrándose a la enferma ya muerta. A pesar de que no se le practicó la autopsia, el médico del registro civil estimó que la enferma falleció de un infarto de miocardio.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones de la familia de la fallecida fueron inadmitidas, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de que en este caso un infarto fue confundido con una gastritis, lo cierto es que los síntomas parecían encontrarse bastante enmascarados y el grado de afectación coronaria es desconocido, al no habersele practicado la autopsia a la paciente. En un principio el Tribunal Supremo consideró que no había reproche alguno a la actuación del médico, dado que éste se desplazó hasta el domicilio de la enferma y desarrolló su actividad como plena diligencia, destacando el juzgador “que éste revisó sus vómitos”. El Alto Tribunal considera que con esta actuación su labor fue acorde a la *lex artis* y que no cabe reproche alguno a la atención que prestó a la paciente.

No obstante, estimamos relevante tener presente que se trataba de una enferma con particularidades a tener presentes, dado que padecía de obesidad, algo que podía incrementar las posibilidades de riesgo cardíaco. A lo que debemos añadir, que no resulta inusual que un infarto sea confundido con una gastritis o una indigestión, algo por lo que quizás el facultativo debería haber efectuado un reconocimiento más exhaustivo, y desde luego, de un tiempo superior a ocho minutos. Es probable que no se adoptasen todas las medidas necesarias a fin de llegar a diagnosticar correctamente a la paciente.

Es precisamente esta postura contraria a la resolución del presente litigio la que adopta el magistrado que elabora un voto particular, tomando como base la concurrencia de una pérdida de oportunidad, precisamente por la limitación de los medios de diagnosis utilizados. El magistrado estima que los síntomas de la paciente eran propios de una gastritis, pero también de una dolencia coronaria. Por lo

que dado que el médico había acudido en una ambulancia, fue imprudente no ordenar el traslado de la enferma, por lo menos a efectos diagnósticos. Al igual que se señala en el voto particular, estimamos que se trata de una pérdida de oportunidad en la que la escasa actividad indagatoria se materializó en un error de diagnóstico, que eliminó cualquier expectativa de supervivencia de la enferma. En esta misma línea se pronuncia el voto particular “Se trata más bien de un diagnóstico-impresión que sólo sirvió para cumplir de forma rutinaria una urgencia médica, pero sin la dedicación y atención que requería el cuadro patológico que presentaba la paciente. La omisión de medios resulta patente desde el momento a que el médico disponiendo de una ambulancia que quedó a las puertas del domicilio, no adoptó la elemental medida y hasta impuesta precaución, de disponer su traslado inmediato hospitalario, para ser atendida debidamente y reconocida por especialistas correspondientes y con el empleo de las técnicas y pruebas médicas que hubieran sido necesarias, por lo que indudablemente con este proceder profesional se privó a la fallecida y con ello se instauró en sus familiares la duda razonable y hasta fundada de que si se hubiera efectuado el ingreso, la atención dispensada hubiera sido mas completa y con probabilidades de poder salvar su vida”¹²⁴.

6. En el siguiente caso se da en una situación muy similar a la del anterior litigio, es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008¹²⁵, en la que D. Víctor Manuel, obeso y con antecedentes de hipertensión arterial de larga evolución, Hepatitis C crónica, arterioesclerosis obliterante y by-pass ilio – femoral izquierdo; acudió al servicio de urgencias aquejado de dolor inguinal izquierdo. Tras practicársele una exploración física, se le diagnosticó una posible hernia inguinal y se le remitió a su domicilio con analgésicos.

A pesar del tratamiento, el estado del paciente no mejoró, por lo que volvió en tres ocasiones más al hospital, no realizándosele hasta la última de las visitas una exploración física, analítica de sangre y orina, Rx de abdomen y valoración vascular con cita para consulta preferente en Angiología y cirugía vascular; detectando la actividad de diagnosis un posible cólico nefrítico.

124 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005... *op.cit.*

125 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008, Sala Tercera, recurso 1824/2004, ponente Robles Fernández.

Pasado un mes, los síntomas del paciente se re-crudieron, por lo que volvió a acudir, hasta en tres ocasiones al servicio de urgencias, donde se le practicó una exploración física, Rx y petición de TAC lumbar, siendo diagnosticado de proceso lumbociático.

Dos días después de este pronóstico tuvo que acudir nuevamente al servicio de urgencias, donde se le realizó un TAC abdominal, que evidenció la existencia de un hematoma retroperitoneal compatible con pseudoaneurisma aorta – ilíaco. Se programó una intervención quirúrgica de urgencia ya que, a pesar de que la dolencia requería una rápida actuación, no se encontraba en un estado de gravedad extrema, llegando incluso a resultar de difícil diagnóstico, al presentar un cuadro distinto en estadios anteriores.

La operación se desarrolló con plena normalidad, salvo porque tras la misma el enfermo se vio afectado por una infección hospitalaria que supuso una recuperación más lenta, restándole una serie de daños propios de la afección que padeció.

D. Víctor Manuel consideró que había sufrido un retraso en el diagnóstico de una patología grave, por lo que pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este recurso fue estimado, debemos tener presente que la indemnización tuvo como base la infección y no la pérdida de oportunidad. En este caso no existe una pérdida de oportunidad, porque aunque es cierto que los medios de diagnóstico no eran los oportunos y no se daba con la patología concreta, esta afección difícilmente podría haber sido hallada en sus primeros estadios. Aunque la intervención tuvo que ser practicada de forma urgente, dada la naturaleza de la dolencia, suele ser su tratamiento habitual, no restándole al paciente secuelas añadidas como consecuencia de ello.

No nos encontramos ante una pérdida de oportunidad porque el estado del paciente no llegó a agravarse en ningún momento y un control previo más exhaustivo, difícilmente hubiese llegado a diagnosticarlo correctamente.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo, esto no es posible, dado que no se pronuncia a este respecto en la presente sentencia, al no ser motivo de recurso¹²⁶.

¹²⁶ Prácticamente idénticas son las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012

7. El tercero de los litigios, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹²⁷, probablemente sea una de las más representativas que analizaremos. Nos situamos en el mes de octubre de 1997, cuando una paciente acude a su médico habitual por presentar molestias gástricas y pirosis, por lo que se somete a una radiografía de contraste, siendo diagnosticada de hernia de hiato. Sin embargo, su estado no mejoró con el tratamiento, por lo que volvió a la consulta del médico en varias ocasiones, hasta que el 6 de mayo de 1998 se le modificó la terapia, tras una nueva batería de pruebas.

No obstante, la enferma no mostraba mejoría alguna, por lo que acudió a una clínica privada por iniciativa propia. Se le practicó un TAC abdominal el 1 de junio de 1998, que detectó un posible cáncer gástrico. Con este nuevo dato regresó al centro donde estaba siendo tratada, realizándosele un nuevo TAC abdominal, que confirmó las sospechas de un carcinoma.

A pesar de que se inició un tratamiento rápido, la enfermedad evolucionó con rapidez, falleciendo la paciente meses después.

La familia de la enferma consideró que ésta había visto frustrada toda expectativa de sanación, como consecuencia de un error de diagnóstico. A pesar de ello, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta resolución parece llamativa, así como la decisión que adopta el Tribunal Supremo al desestimarla. No en vano, debemos tener presente que la paciente sufrió un largo peregrinar médico en el que los tratamientos que le prescribían no conseguían mejoras en su salud. A pesar de que la enferma se sometió a muchas pruebas, en ninguna de ellas se encontraba

(Sala Tercera, recurso 6680/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 176/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 5148/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2462/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 5334/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 815/2012, ponente Enriquez Sancho), sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 329/2010, ponente Enriquez Sancho) y la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 4981/2011, ponente Martínez – Vares García).

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7050/2002, ponente Puente Prieto.

absolutamente nada, y no fue hasta casi un año más tarde cuando se le diagnosticó un cáncer de estómago, que resultó fulminante en menos de 4 meses.

Llegados a este punto es necesario que nos planteemos por qué el Tribunal Supremo no barajó una posible pérdida de oportunidad, cuando un cáncer pasó desapercibido durante todo un año. La razón de ser es muy sencilla, a la paciente le fueron practicadas todas las actividades de diagnóstico susceptibles de detectar esa enfermedad e incluso en las endoscopias no se podía detectar nada más que una hernia de hiato. Todo ello evidencia que el desarrollo del cáncer fue ilocalizable hasta que se manifestó, y cuando lo hizo, se agravó con mucha celeridad. Este punto demuestra que no es que la paciente no fuese diagnosticada antes, sino que simplemente su afección no estaba en un estadio de malignidad. Conviene además que nos cuestionemos qué oportunidad hubiese podido perder la enferma. La respuesta es sencilla, ninguna. La afección, aunque fue grave y letal, también resultó silenciosa e ilocalizable. Por lo que durante aquel primer año en el que la paciente presentó molestias y fue tratada de las mismas, ésta no vio ninguna opción de curación perdida, porque no había ninguna posibilidad de diagnosticar el carcinoma que padecía. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma opción “En el presente caso, la valoración que ha realizado el Tribunal no ha sido eficazmente combatida, máxime si se tiene en cuenta que, antes del diagnóstico de cáncer, la paciente fue objeto de una práctica de endoscopia digestiva alta, en el mes de mayo de 1.998, después de ser reiteradamente atendida a efectos de facilitarle y modificarle la medicación, por la sanidad pública; y a través de esa endoscopia se confirmó simplemente la hernia de hiato y se objetivó una masa en antrogástrico vegetante y ulcerada de la que se tomaron biopsias que revelaron la existencia una gastritis atrófica crónica, pero no signos de malignidad alguno, como pone de manifiesto el perito judicial. Fue posteriormente, el 9 de junio, cuando en el Hospital de Getafe se repitió la endoscopia habiéndose practicado biopsias durante este procedimiento que confirmaron ya la presencia de una adenocarcinoma gástrico confirmado nuevamente por la realización de una TAC que confirmó la presencia de los hallazgos y la aparente irreversibilidad del proceso. En definitiva, y por tanto, en atención al resultado de este informe pericial la endoscopia no resultaba absolutamente precisa y la realización de la misma no representa, como se dice en las conclusiones del informe pericial, una indicación absoluta, estando justificada la actitud expectante adoptada por la sanidad pública y poniendo de relieve dicho informe

pericial, incluso, el fallo en la práctica de la endoscopia, con la conclusión final que aun con un tratamiento correcto no se hubiese alcanzado probablemente una alta tasa de control, aun cuando el deceso por hemorragia digestiva podría haber cambiado y haber sido objeto de un mejoramiento de su calidad de vida antes de producirse el inexorable fallecimiento a consecuencia de la enfermedad”¹²⁸.

8. La penúltima resolución de este apartado sigue una dinámica muy similar a la de las dos anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 2009¹²⁹. En este litigio D^a. Francisca, enferma de asma, acudió al servicio de urgencias de un hospital con una disnea de tres días de duración (tos seca, sensación de irritación faríngea con disfonía y aumento de la disnea). Fue atendida por el otorrinolaringólogo de guardia, que al no observar inflamación laríngea, le prescribió una medicación de amplio espectro. A pesar del tratamiento recibido, ese mismo día tuvo que regresar a urgencias, donde en otorrinolaringología se le apreció fibrolaringoscopia, paresia de cuerda vocal derecha. Con una diagnóstico provisional de crisis

128 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 3149/2001, ponente Puente Prieto) cuenta con una relación de hechos casi idéntica, en la que una paciente comenzó a acusar dolores en una pierna, que en principio fueron achacados a una lumbociática. Pasado un tiempo, y al persistir las molestias, la enferma fue diagnosticada de un proceso isquémico, por el que acabó perdiendo la pierna en cuestión. Aunque el supuesto puede resultar chocante, lo cierto es que el padecimiento de la paciente se encontraba asintomático y su localización era imposible, por lo que cualquier intento de acudir a la pérdida de oportunidad resultaría infructuoso. De nuevo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 162/2004, ponente Herrero Pina) gira en torno a la idea de la ausencia de síntomas claros. D^a. Esperanza presentaba un cuadro de molestias digestivas que no fueron diagnosticadas hasta pasados dos años. Se trataba de un cáncer de páncreas asintomático imposible de localizar, por lo que cualquier posibilidad de acudir al error de diagnóstico y a la pérdida de oportunidad se torna inviable. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3393/2002, ponente Robles Fernández) resulta prácticamente idéntica a las anteriores. Un paciente que presentaba problemas de visión fue diagnosticado de cataratas, citándosele para la cirugía dos meses después, dado que no había premura alguna. No obstante, el enfermo fue perdiendo agudeza visual de manera gradual y para el día de la intervención ya se encontraba ciego del ojo en cuestión. Fue precisamente en plena operación cuando se comprobó que lo que realmente aquejaba al paciente era un desprendimiento de retina enmascarada por una catarata, que al no ser tratado a tiempo, acarrió la pérdida de visión del ojo. De nuevo un error de diagnóstico nos sitúa en la antesala de una pérdida de oportunidad, pero en este caso la lesión ocular únicamente podría haberse diagnosticado tras eliminar la catarata, por lo que un tratamiento a tiempo era imposible.

129 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009, Sala Tercera, recurso 2156/2005, ponente Herrero Pina.

de broncoespasmo de repetición y paresia de cuerda vocal derecha, se decide el ingreso de la paciente; encontrándose ésta consciente, orientada, bien nutrida, perfundida e hidratada, con ligera disnea que cede un poco tras administrar aerosol de Ventolín. Los siguientes días la enferma presenta una serie de crisis de broncoespasmos que remitieron sin mayores complicaciones. Pasado un tiempo, a pesar de que la paciente se mantenía estable, presentó un cuadro de cefalea y hemiplejía izquierda, por lo que se practicó un TAC de urgencia. No se observó nada, a pesar de que el TAC fue repetido, de forma que se le sometió a un RMN, a fin de valorar el tronco cerebral, hallándose una lesión hipodensa en T1 e hiperdensa en T2, sin captación de contraste a nivel de tronco cerebral compatible con lesión isquémica. Esto es, la paciente había sufrido un ictus cerebral, cuyas secuelas aunque podían mejorar, eran permanentes.

Los parientes de la enferma pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por la misma, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser desestimada su demanda en instancias inferiores.

Puede resultar complicado entender la decisión del Alto Tribunal en el presente asunto, dado que una paciente con síntomas de asfixia, algo que suele ser protagonista en los accidentes isquémicos, fue tratada como de un ataque de asma. Lo llamativo es que en esa semana en la que la enferma se encontraba en las instalaciones hospitalarias, en ningún momento fue diagnosticada correctamente, lo que acarrió que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar el daño final que ésta sufrió.

La lectura de los hechos resulta turbadora, por lo que es necesario reflexionar por qué el Tribunal Supremo no admitió la existencia de daños objeto de responsabilidad en un caso como éste. La decisión del juzgador es muy sencilla: la limitación propia de la ciencia. Debemos tener presente que los accidentes isquémicos son difícilmente diagnosticables y prácticamente imposibles de evitar. En la práctica totalidad de supuestos los síntomas se confunden, y aun llegándose a prever, la probabilidad de que se diese una situación como la ocurrida hace que ésta sea imposible de evitar con los medios de la ciencia en la actualidad. ¿Qué oportunidad perdió la enferma? Ninguna. No existe una oportunidad en sí misma, dado que la enfermedad de D^a. Francisca no podía ser diagnosticada, y habiéndolo sido, no existía ningún tratamiento para evitarla o paliarla. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo

“En consecuencia, y en virtud de lo expuesto no puede afirmarse que en la fecha de los hechos y en el Centro en que recibió la asistencia sanitaria Da Francisca fuera posible aplicar la referida terapia, ni que la misma, en caso de haberlo sido, hubiera evitado o aminorado las secuelas que padece, dadas la naturaleza y las complicaciones que presenta la aplicación de la misma, habiéndose utilizado para el diagnóstico y tratamiento de la paciente todos los medios disponibles según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en aquel momento.” Si no era posible aplicar dicha terapia no era precisa la información al respecto ni se ha producido pérdida de oportunidad¹³⁰.

9. El último litigio que estudiaremos en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001¹³¹, sigue un derrotero distinto al de las resoluciones hasta ahora analizadas. En este asunto D^a. Esperanza, que estaba recibiendo asistencia domiciliaria, fue diagnosticada de una infección en las vías respiratorias altas sin filiar, que se trató con antibióticos y antipiréticos. Al no mejorar su estado, y por petición expresa de su médico de cabecera, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, donde se le diagnosticó de brucelosis. Se le prescribió un nuevo tratamiento, pero pasados unos días la paciente presentó una hemorragia digestiva, por lo que fue remitida al hospital más cercano, donde se le detectó una gastritis medicamentosa; fijándosele una cita con Medicina interna, a la que no acudió. El médico habitual de la paciente volvió a visitarla en su domicilio por una revisión rutinaria, no observando ninguna agravación de la enfermedad que padecía. Sin embargo, tres días más tarde los hijos de la enferma llamaron al mismo médico, porque ésta había empeorado, algo que éste pudo verificar al comprobar la existencia de hematomas en diversas partes del cuerpo, por lo que ordenó su ingreso inmediato. A pesar de ello, sus hijos no llevaron a D^a. Esperanza al hospital hasta pasados dos días. Cuando fue ingresada se le diagnosticó de diátesis hemorrágica generalizada secundaria a trombopenia intensa, y aunque se le trató urgentemente, no pudo evitarse el fallecimiento de la enferma.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones indemnizatorias de los familiares de la fenecida fueron inadmitidas, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

130 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009... *op.cit.*

131 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 568/1996, ponente García Varela.

Lo que puede resultar más destacable del presente litigio es que ciertamente sí que existe una pérdida de oportunidad, no en vano la afección que padecía D^a. Esperanza tenía tratamiento y de haberse actuado de manera correcta, es probable que no hubiese muerto. Sin embargo, no es una eventualidad dañosa susceptible de ser indemnizada, por la simple razón de que esta pérdida de posibilidades vino provocada, más por la actuación de los familiares de la fallecida, que por la del centro sanitario donde fue atendida. Tenemos constancia de que la enferma no sólo no acudió a una cita en un estadio temprano de la dolencia, sino que en la última visita de su médico habitual, cuando éste consideró que la paciente se encontraba en una situación de “urgencia grave” y que requería un ingreso inmediato, sus familiares no trasladaron a su madre hasta pasados dos días. Para cuando ésta llegó al sanatorio, su estado era de suma gravedad y nada pudo hacerse por su vida. ¿Concorre una efectiva pérdida de oportunidad? La respuesta a esta pregunta debe ser positiva, pero por supuesto ésta no es punible, porque esta situación no fue provocada ni por el médico de D^a. Esperanza, ni por el hospital, sino por sus propios hijos, que desoyendo los consejos médicos, pospusieron el ingreso de su madre, con fatales consecuencias.

Dado que éste no fue uno de los temas objeto de debate en el recurso de casación, el Tribunal Supremo no llegó a pronunciarse a este respecto.

3.5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento

En este apartado se analizarán supuestos de hecho en los que la pérdida de oportunidad se encuentra relacionada con casos de alumbramiento, en los que bien por la falta de actuación, bien por el retraso de una prueba, bien por la falta de monitorización o cualquier circunstancia tardía; se provocan importantes lesiones al feto, o se le priva de cualquier posibilidad de nacer sano.

3.5.1. Litigios en los que la figura fue admitida

1. La primera de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007¹³², probablemente una de las más representativas de todo el bloque. En este litigio D^a. Marisol ingresó en el servicio de urgencias más cercano a su

localidad de residencia, con pródromos de parto y rotura de bolsa en gestación de 37,3 semanas.

A pesar de que la paciente mostraba claros síntomas de requerir una cesárea, ésta no le fue practicada y se mantuvo una actitud expectante, llegando a prolongarse el alumbramiento durante casi 35 horas. Cuando se acudió a la cirugía, había pasado un tiempo excesivo, viéndose afectado el *nasciturus* por un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor estimaron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, de la que le derivaron serios daños. A pesar de ello, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Dada la naturaleza de este tipo de controversias, puede ser complicado distinguir entre la noción del daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad. Sin embargo, la línea diferenciadora se encuentra en un elemento clave: la actitud expectante. Lo característico del daño desproporcionado es la causación de daños físicos al feto en la extracción del mismo, pero en este caso el perjuicio no lo provoca la actuación médica en sí, sino la demora.

Al comienzo de la lectura del presente supuesto hemos comentado que se trata de uno de los litigios más representativos, algo que se evidencia en la tardanza de las actuaciones médicas: 35 horas. Este retardo se agrava si tenemos presente que desde un primer momento se tenía constancia de la necesidad de una cesárea, algo de lo que se colige, que cualquier dilación no sólo se torna indebida, sino también peligrosa y carente de sentido. Es precisamente en esta innecesaria demora donde parece encontrarse la pérdida de oportunidad. Aunque no existe una certeza de que el feto no habría resultado afectado de haber sucedido de otra forma los acontecimientos, porque quizás esta lesión comenzó a desarrollarse desde el momento mismo de los primeros síntomas de parto, es innegable que con el retraso sufrido las posibilidades de que éste padeciese algún tipo de daño cerebral se fueron incrementado; y de forma inversamente proporcional, las probabilidades de que la niña naciese indemne iban disminuyendo. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo “En estas circunstancias ha de concluirse que una valoración lógica y razonable de dichos informe pone de manifiesto que no se adoptaron oportunamente las medidas que situación aconsejaba, habiéndose producido una demora en la práctica de la cesárea que atendidas las circunstancias debió llevarse a cabo

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 1213/2004, ponente Herrero Pina.

con anterioridad, privando con ello a la paciente de la atención adecuada y de un medio que podía contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, por lo que no puede considerarse lógica ni conforme a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en la instancia, que al no considerar tal demora llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos de prueba”¹³³.

De las afirmaciones del juzgador deducimos que el principal protagonista del caso no es otro que el excesivo tiempo perdido, lo que nos permite distanciarnos del concepto de daño desproporcionado, y acercarnos a la pérdida de oportunidad¹³⁴.

2. El segundo litigio a analizar, la sentencia del Tribunal Supremo 15 de marzo de 2007¹³⁵, es prácticamente idéntico al anterior. En este asunto D^a. María llegó al servicio de urgencias del hospital de su localidad con síntomas de parto, habiendo superado con creces los nueve meses de embarazo. En un primer momento se adoptó una actitud pasiva, por la falta de madurez del cuello del útero, pero una hora más tarde y practicados los ineludibles controles, se decidió la inducción del parto. A pesar de ello, el alumbramiento no se produjo, por lo que se optó por una nueva espera, dada la nula progresión del proceso. Al día siguiente se decidió un nuevo intento de provocar el alumbramiento sin efectuar nuevos controles del estado del feto, hasta que horas más tarde, cuando se barajó la posibilidad de romper la bolsa, se observó que ésta estaba teñida de un color oscuro, lo que revelaba sufrimiento fetal; tomándose entonces la decisión de practicar una cesárea de urgencia. A pesar de esta actividad quirúrgica, lo cierto es que la neonata mostraba importantes lesiones cerebrales, ocasionadas por la lentitud con la que se produjo el parto, derivadas de un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor consideraron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

133 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007... *op.cit.*

134 En esta línea se sitúa la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2441/2010, ponente Menéndez Pérez).

135 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 4106/2002, ponente Robles Fernández.

La semejanza entre este asunto y el anterior es destacable, ya que de nuevo es una actitud expectante en un alumbramiento la que provoca los daños que sufre el feto. Se trataba de una paciente que había rebasado el tiempo habitual de gestación y a pesar de que fue sometida a tres inducciones del parto, no respondía a dichos estímulos. Es llamativo además, que en ningún momento se tomase la precaución de fijar un férreo control sobre el estado de la criatura, más si cabe si tenemos presente que el parto se estaba dilatando excesivamente.

Siguiendo el esquema básico de la pérdida de oportunidad, aunque no podemos conocer a ciencia cierta si de haberse practicado una cesárea a tiempo se hubiese evitado el daño, lo cierto es que la ausencia de la misma supuso una práctica condena para el feto. El juzgador parece abogar por esta misma línea argumentativa “... resulta palmario que hubo una mala praxis médica en el control del parto, y en concreto de la evolución que estaba teniendo el feto, no valorándose en el momento adecuado el sufrimiento de aquel, lo que determinó que se acordase tardíamente la práctica de una cesárea, con la que ya no pudo evitarse las consecuencias de aquel sufrimiento fetal, produciéndose al recién nacido un daño antijurídico traducido en todas las lesiones y secuelas que el Tribunal “a quo” tiene por probado”¹³⁶.

3. El tercero de los litigios es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005¹³⁷, que a pesar de las similitudes que comparte con los asuntos anteriores, cuenta con un elemento diferenciador importante. En este caso D^a. Cecilia, que salvo por una intervención de apendicitis en el segundo semestre había tenido un embarazo sin riesgos, acudió al servicio de urgencias de su localidad, sobre las nueve de la mañana, con claros síntomas de parto. Aunque todo parecía normal, sobre las cinco de la tarde y sin lograrse la expulsión del feto, comenzaron a acusarse síntomas de braquicardia en el *nasciturus*, que había sido monitorizado minutos antes. Momentos más tarde, cuando fue avisado el ginecólogo de guardia, se intentaba acudir al parto vaginal con utilización de ventosa, pero tras varios intentos en los que la cabeza del feto resbalaba, se decidió la práctica de una cesárea. A pesar de esta última acción, el niño nació con severas lesiones cerebrales.

136 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007... *op.cit.*

137 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 6367/2001, ponente Puente Prieto.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al resultar su demanda desestimada en instancias inferiores.

Aunque esta resolución puede ser una de las menos llamativas, dado que el retraso, aunque es importante, no alcanza los niveles de demora de los dos supuestos anteriores, lo especialmente significativo del mismo se fundamenta en que la paciente no fue atendida por un médico desde el primer momento, es más, no fue así hasta que la cesárea era prácticamente una necesidad. La demora en la presente controversia radica en que la gestante acudió al centro hospitalario a las 9 de la mañana y no fue ni siquiera monitorizada hasta casi ocho horas más tarde, cuando tras una actitud expectante ante el alumbramiento, se observó la necesidad de una actuación rápida. A pesar de que tanto la cesárea como las maniobras con la ventosa fueron raudas, resultaron insuficientes, dado que las lesiones que padecía el feto ya habían sido provocadas durante la espera.

De nuevo el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico, desconocemos si una cesárea a tiempo habría evitado los padecimientos de la criatura, aunque prácticamente tenemos la certeza de que la falta de actuaciones privó al *nasciturus* de cualquier posibilidad de nacer sano.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no llega a pronunciarse sobre este tema¹³⁸.

4. La última de las resoluciones de este apartado tiene una identidad propia, ya que es algo distinta a

138 En la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 (Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez) D^a. Eva quedó ingresada por mostrar los primeros síntomas de parto. No obstante dicha actitud preventiva, lo cierto es que el despliegue de medios fue limitado, ya que no se llegó a monitorizar a la paciente hasta pasadas varias horas. Fue entonces cuando se observaron los primeros síntomas de sufrimiento fetal, ante los cuales no se actuó en consecuencia, dado que no se dio aviso al ginecólogo hasta que el parto ya estaba casi en su etapa final. La criatura nació con severas lesiones cerebrales. La pérdida de oportunidad de este asunto se encuentra, al igual que en el supuesto anterior, tanto en la falta de monitorización, como en la ausencia de un ginecólogo ante un parto de tan alta peligrosidad. Prácticamente idéntica resulta la relación de hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 3641/2000, ponente González Navarro) en la que un neonato sufrió una severa anoxia cerebral como consecuencia de una vuelta de cordón, algo que resultó visible en la monitorización del feto, pero respecto de lo que no se actuó en consecuencia.

las anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009¹³⁹. En este asunto D^a. Reyes, de 32 años de edad y primípara con diabetes gestacional, tuvo un embarazo de riesgo, lo que supuso que ésta se encontrase bajo severos controles. En una prueba rutinaria se le diagnosticó de macrosomía fetal, lo que comportó la lógica adopción de cautelas añadidas.

Al final de su embarazo D^a. Reyes acudió a un hospital con claros síntomas de parto, en el cual, a pesar de todo lo antedicho, se intentó acudir a un parto por vía vaginal y sin presencia de un ginecólogo; produciéndose algo previsible: una distocia de hombros que dificultó la extracción fetal y que requirió unos cuatro minutos de maniobras. El niño ingresó en prematuros con asfixia perinatal por distocia de hombros y circular de cordón, restándole únicamente secuelas en un brazo, que se resumen en una limitación funcional del 50%.

Los padres del menor consideraron que acudir a un parto vaginal, prácticamente condenó al neonato a sufrir las severas lesiones que padece. Es por ello por lo que pretendieron la indemnización de ese daño, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que debemos tener presente al abordar este caso es que los márgenes de error en los fetos macrosomáticos son amplios, dado que las posibilidades de fallo giran en torno a un kilogramo, lo que puede acarrear que un feto no macrosomático se considere como tal, y viceversa. Sin embargo, en este litigio había un elemento añadido, la gestante padecía diabetes, lo que aumenta en un elevado porcentaje la posibilidad de que el feto presente este cuadro. Los problemas con este tipo de criaturas residen en que las probabilidades de que se produzca una distocia de hombros se incrementan de manera exponencial, con lo que ello puede suponer. Precisamente por esta razón es necesaria la adopción de medidas de control añadidas, tanto durante el embarazo como en el parto: asistencia de un médico durante el mismo y la posibilidad de acudir a una cesárea programada, entre otras cosas. Ninguna de éstas se dio en el presente litigio, ya que D^a. Reyes se encontraba únicamente en compañía de una matrona y se forzó el parto natural, dado que ésta no estaba capacitada para practicar una cirugía.

139 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, recurso 1593/2008, ponente Martínez – Vares García.

¿Dónde hallamos la pérdida de oportunidad? En el simple hecho de crear una atmósfera desfavorable para el feto, lo que supuso que se le condenase prácticamente a sufrir una distocia de hombros, con las graves consecuencias que ésta acarreo para su salud. Desconocemos si de haber estado presente un médico la lesión hubiese sido más leve, o si de haberse acudido a la cesárea ésta no se habría dado, en virtud de lo cual es necesario acudir a la pérdida de oportunidad como único medio de reproche.

A pesar de esta teoría, y si bien es cierto que el daño es indemnizado, lo cierto es que el Tribunal Supremo no estima la concurrencia de una pérdida de oportunidad en el presente supuesto, sino simplemente una “mala praxis”. Es probable que dicha opción tenga un origen más material que dogmático, ya que de acudir el Alto Tribunal a la pérdida de oportunidad, la indemnización recibida por la parte actora sería inferior, dado que se trata de un porcentaje determinado. Concretamente señala a este respecto “A nuestro juicio no estamos en este supuesto, porque la no presencia del médico especialista en ginecología y obstetricia en el parto que nos ocupa no es que privara a la parturienta de una oportunidad adecuada de diagnóstico de lo que se debería hacer, sino que impidió que fuera adecuadamente tratada, produciéndose por tanto infracción a la *lex artis* exigible en la prestación del servicio asistencial que le era debido. Dadas las características del parto que se iba a producir en el que se sabía que la embarazada había desarrollado una diabetes gestacional, e, igualmente, se había confirmado una sospecha inicial de macrosomía del feto, era presumible, como afirma la prueba pericial obrante en autos, que el parto anunciado hiciese necesaria una cesárea, de modo que una mínima precaución aconsejaba la presencia del médico, único facultativo capaz de adoptar la decisión de practicar la misma, como igualmente era previsible que las características del feto produjeran como sucedió una distocia fetal sin que conste que se produjera una adecuada práctica de la misma, sobre todo cuando, como recoge la Sentencia y el informe, se estaba produciendo una bradicardia de expulsivo que también habría indicado la cesárea, que obligó al empleo del fórceps y, tratándose como aconteció de una distocia de hombro posterior que dificultaba la extracción, y que demoró la misma hasta los cuatro minutos, maniobras que la presencia del médico hubieran facilitado e, incluso, evitado con la práctica de la cesárea, y todo ello produjo las consecuencias conocidas”¹⁴⁰.

3.5.2. Asuntos en los que la figura resultó desestimada

5. La primera de las tres resoluciones desestimadas en esta temática objeto de trabajo es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005¹⁴¹. D^a. Paloma se quedó embarazada de lo que fue calificado como un embarazo normal, con la única singularidad de que en uno de los controles su ginecólogo le comentó que se trataba de un “feto grande”. A pesar de que toda la gestación evolucionó con normalidad, en el momento del parto surgieron las complicaciones porque el *nasciturus* resultó ser macrosomático, algo que provocó una distocia de hombros con una posterior asfixia de la criatura, que tuvo que ser expulsada con el uso de fórceps. La lesión cerebral fue tan severa que el neonato falleció días después de su nacimiento.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de que se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en casación, al haber sido su demanda desestimada en instancias inferiores.

Lo que consideran los progenitores del menor es que al no haber sido atendidos con los medios necesarios, se produjo una pérdida de oportunidad y su hijo falleció, más si cabe cuando se conocía que el feto era “grande”. Sin embargo, de la relación fáctica no se extraen estos puntos, y es que debemos tener presente que si bien es cierto que a la madre se le comentó que el *nasciturus* era “grande”, ello no implicaba necesariamente una macrosomía, sobre todo porque la paciente carecía de antecedentes o síntomas que hiciesen pensar lo contrario.

Si bien es cierto que no se acudió a una cesárea, fue porque en principio ésta se consideró innecesaria, dado que no había signos de alarma que así la requiriesen; como tampoco las medidas de “emergencia excepcionales” que mencionan los recurrentes. Por otro lado, las actuaciones médicas fueron correctas, ya que cuando se dio la distocia de hombros la criatura fue extraída con rapidez, a pesar de que sufrió

de 2009... *op.cit.* Autores como MEDINA ALCOZ abogan por esta misma línea, al considerar que en los casos de sufrimiento fetal la pérdida de oportunidad no tiene razón de ser, ya que se desconoce realmente qué oportunidad, medida en lucro cesante, se llega a perder. Se ignora en qué trabajaría esta persona y cuáles serían sus capacidades. MEDINA ALCOZ, Luiz: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...* *op.cit.*, p. 90.

141 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, Sala Tercera, recurso 8107/2000, ponente González Navarro.

140 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre

graves lesiones que no se debieron tanto a las maniobras, como a la distocia en sí.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar, porque no había posibilidad alguna de saber que el feto era macrosomático y menos aun que se produciría una distocia de hombros, en virtud de lo cual al menor no le fue arrebatada ninguna posibilidad.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer las argumentaciones del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que el juzgador no llega a pronunciarse sobre esta cuestión.

6. La segunda controversia desestimada consta de una relación fáctica más sencilla que la de la anteriormente analizada, o por lo menos más clara, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007¹⁴². En este litigio D^a. Elisa, primípara y con un embarazo normal, acudió a una revisión habitual, en la que se constató que se había iniciado el proceso del alumbramiento, por lo que su ginecólogo la remitió directamente al servicio de urgencias más cercano. Al llegar, sobre las nueve de la noche, fue ingresada y debidamente monitorizada, sufriendo un parto irregular, por lo que le fue suministrada oxitocina a los efectos de acelerar el proceso y evitar posibles riesgos. Sobre la una de la mañana se inició la fase de expulsión, y dado el estado de ansiedad de D^a. Elisa, se optó por una técnica mecánica para que fuese rápido, siendo los resultados de la monitorización normales. Se utilizaron fórceps para la extracción, naciendo el niño veinte minutos más tarde, presentando dos vueltas de cordón umbilical, que le provocaron asfixia en el proceso de expulsión. A pesar de que la reanimación fue rápida y diligente, la criatura sufrió una severa lesión cerebral que fue diagnosticada como Síndrome de Best y atrofia generalizada con zonas de multi - infarto secundaria a isquemia.

Los padres del menor consideraron que no acudir a una técnica más drástica, como la cesárea, privó al feto de cualquier posibilidad de evitar las severas lesiones que padece. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La sencillez de los hechos del presente asunto es destacable, se trata de un embarazo normal, un parto normal, en el que no se presentó complicación alguna

142 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 6998/2003, ponente Herrero Pina.

hasta que el niño hubo nacido, siendo precisamente en ese momento en el que se evidenció que éste había sufrido una asfixia durante la expulsión. Resulta complicado encontrar en el caso que nos ocupa algún tipo de negligencia u omisión en la atención, tal y como pretenden los recurrentes. El parto fue más o menos rápido, encontrándose la paciente acompañada en todo momento por una matrona, siendo monitorizada de forma constante e ininterrumpida y estando atendida por un equipo médico. En ningún momento la criatura arrojó muestras de sufrimiento fetal durante la pendencia de la dilatación, como tampoco en el alumbramiento, por lo que es evidente que el daño se provocó en el momento expulsivo. No podemos barajar como posible la opción de haber acudido a una cesárea a fin de evitar el daño, dado que en nada se evidenciaba esta necesidad y fue necesario que el menor estuviese fuera del claustro materno para observar su situación.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar. La asistencia que recibió la criatura fue correcta, las actuaciones fueron diligentes, en ningún momento existió una duda o sospecha de sufrimiento fetal; siendo los daños que sufrió el recién nacido, prácticamente inevitables, ya que éstos se produjeron de manera casi fortuita, en la última parte del parto. El Alto Tribunal parece abogar por esta misma teoría cuando asevera “Por otra parte, en la sentencia de instancia no se desconoce la jurisprudencia invocada por la parte en este motivo, relativa a la lesión producida por la privación del derecho al tratamiento médico adecuado y conveniente, por el contrario, la cuestión es que, teniendo en cuenta dicha doctrina, el tribunal a quo considera “que en el caso que nos ocupa, la actuaciones médicas que se reprochan se han situado en el estándar aceptable de actuación médica, y siendo ésta de medios y no de resultados, entendemos que se adoptaron las medidas precisas para solventar la problemática que aquejaba a la paciente”, apreciaciones que, como se ha indicado al resolver el motivo anterior, no resultan desvirtuadas por las alegaciones de la parte, que no las ha atacado por alguna de las vías que permiten revisarlas en casación”¹⁴³.

7. Hemos dejado para el final la resolución que puede resultarnos más controvertida por la falta de claridad de los hechos, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004¹⁴⁴. En este

143 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007... *op.cit.*

144 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004, Sala Primera, recurso 3340/1999, ponente González Poveda.

litigio D^a. María Inmaculada, de 40 años, se encontraba en su segundo embarazo, habiendo sufrido con carácter previo dos abortos, por lo que su gestación fue seguida con especial cautela y se practicaron controles añadidos. A pesar de que tuvo un cólico nefrítico y un amago de aborto, lo cierto es que su embarazo se desarrolló con más o menos normalidad. El día 23 de mayo acudió a una cita habitual con su ginecólogo, quien por sospechas de un posible parto la remitió al centro sanitario más cercano, para su monitorización. Sin embargo, como los resultados fueron normales y no había comenzado la dilatación, ni tampoco las contracciones, fue enviada a su domicilio. Tres días más tarde fue nuevamente citada por su ginecólogo para una revisión y una ecografía, encontrándose todo normal, pero confirmándose un retraso en la dilatación, ya que la paciente había salido de cuentas. Dos días más tarde D^a. María Inmaculada acude a la consulta de su ginecólogo acusando molestias, por lo que éste procede a practicar las mismas pruebas que en la ocasión anterior, comprobando que el niño se encuentra encajado y que el parto podía darse en un día o dos. Al de un día y medio la paciente llamó a su médico para comentarle que padecía un cierto malestar, pero al comprobar por vía telefónica que no se trataba de contracciones, el médico le comentó que si no mejoraba acudiese al hospital, y en caso contrario, que fuese a la consulta a la mañana siguiente. Así lo hizo y acudió el día 30 a la consulta, donde su médico le realizó una ecografía y comprobó que había comenzado a dilatar, por lo que el parto era inminente, quedando la paciente ingresada y monitorizada. Sin embargo, el alumbramiento no avanzaba, lo que hizo que se observase en el monitor una ligera desaceleración en el feto, por lo que se acudió directamente a una cesárea de urgencia; requiriendo el recién nacido reanimación por parte del anestésista, al apreciarse éste hipotónico y presentar problemas respiratorios.

Tras unas horas en la incubadora se observó que la criatura no mejoraba su estado de salud, por lo que fue trasladado de manera urgente al servicio de neonatología de otro centro sanitario, a fin de que pudiese ser debidamente atendido y diagnosticado. El balance final de las lesiones del menor es que éste padece hipotomía cervical, que se traduce en retraso madurativo por encefalopatía en etiología sufrimiento fetal perinatal.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por su hijo, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Se trata de un embarazo con algunas complicaciones, dados los antecedentes de la paciente y las amenazas de aborto que tuvo, aunque éste se desarrolló con plena normalidad hasta el final. Sólo cabe mencionar la excepción de que en el ocaso del parto, éste se presentó lento e irregular. A pesar de ello, se mantuvieron controles constantes que evidenciaban que esto no significaba ningún tipo de riesgo añadido para el feto, ya que éste únicamente mostró una desaceleración cardíaca en un estadio final, ante el cual se actuó con la rapidez debida; acudiendo a una cesárea.

Por otro lado, en lo relativo a la atención recibida por el neonato al nacer, y una vez reanimado éste, se inició una terapia dentro de una incubadora, cuya finalidad era observar su evolución en las siguientes horas a su nacimiento. Al no mostrar signos de mejoría, fue remitido a otro centro para ser tratado. Esta actitud expectante no fue incorrecta, ya que se desconocía qué lesión padecía el menor, y efectuar un traslado y someterlo a pruebas nada más nacer, hubiese resultado contraproducente para su salud.

Sobre este último aspecto en concreto se pronuncia el Tribunal Supremo “El informe emitido por el Dr. Juan Francisco califica de “prudente” la conducta profesional del pediatra Sr. Arturo de mantener al recién nacido en la incubadora que le administraba calor y oxígeno “dos medidas de reanimación física que debían ser suficientes en un niño que no presentaba alteraciones respiratorias ni circulatorias”; igualmente se califica de prudente el que tras tres horas de incubadora y al persistir las alteraciones del tono muscular y detectar posibles estertores pulmonares, el pediatra prescribe el traslado con carácter urgente al servicio de neonatología Del Hospital del Río Ortega”¹⁴⁵.

Como añadidura, el juzgador parece seguir una línea muy similar en lo que a la atención recibida por la gestante se refiere “La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era “adecuado” y lo que era “prudente” hacer ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió ninguna norma de conducta profesional ya que nada

145 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004... *op.cit.*

indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde. No puede aceptarse, en consecuencia, la valoración que de la prueba pericial realiza la sentencia de primera instancia aceptada por la que es objeto de este recurso de casación, lo que lleva a la estimación del motivo primero de este recurso, por ende, del segundo al no apreciarse una conducta negligente en el ginecólogo demandado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento de esta resolución¹⁴⁶.

IV. CONCLUSIONES

1. La pérdida de oportunidad, tal y como apuntaba MEDINA ALCOZ, ha sido calificada históricamente como “la hermana pobre” del Derecho de daños. Este adjetivo le ha acompañado desde sus inicios, hasta casi la actualidad, tal y como hemos podido observar en la actitud casi temerosa que presenta en ocasiones el Tribunal Supremo.

Pero realmente, ¿qué ha motivado que esta idea tan sencilla sea prácticamente relegada al olvido o sea considerada “el segundo plato de la doctrina”? Probablemente la incertidumbre que gira en torno a ella.

2. En primer lugar, debemos tener presente que su naturaleza, aún a día de hoy, resulta incierta. Mientras que algunos autores apuntan que se trata de una construcción doctrinal relacionada con la facilidad probatoria, tal y como ocurriría con el daño desproporcionado, otras corrientes doctrinales estiman que su incidencia se centra en la causalidad; pasando por otras teorías, que directamente afirman su naturaleza infundada.

Todo ello ha generado en torno a este concepto una sombra de duda, pero sobre todo de imprecisión, que se evidencia en cada ocasión que ésta va a ser utilizada o aplicada.

3. En segundo lugar, nos encontramos con la dificultad añadida de que la relación fáctica es vital en este concepto, algo que ocasiona irremediamente que ésta se muestre frágil, como también lo son los hechos en todo caso de responsabilidad civil.

4. En tercer lugar, se trata de un concepto que gira en torno a los porcentajes, por lo que la seguridad que se desprende del mismo resulta limitada. Ante el establecimiento de unas cuotas mínimas y máximas, a fin de poder llegar a estimar la responsabilidad de un litigio, el juzgador debe optar por reprochar o no un daño. Si una actuación priva de un amplio margen de posibilidad de mejora a un paciente, el daño deberá ser reprochado, sin embargo la solución será distinta cuando esa probabilidad se muestre inferior al porcentaje mínimo establecido.

5. La pérdida de oportunidad es una figura circunstancial, porque se centra en las eventualidades propias de cada controversia, es decir, en los hechos. Esta aseveración supone que la pérdida de oportunidad sólo pueda barajarse caso por caso, no pudiéndose efectuar hipótesis amplias, más allá del simple establecimiento de líneas doctrinales generales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2009.
- AAGARD, TODD S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, *Michigan Law Review*, núm. 96, 1998, pp. 1335 – 1361.
- ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores): *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- ALARCÓN PONCE, Antonia: “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 184, 2011, pp. 509 – 514.
- ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: “La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp 1 – 2.

146 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004... *op.cit.* En esta línea se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5866/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 817/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 993/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 6870/2010, ponente Martí García) y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 3725/2011, ponente Lecumberri Martí).

- ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2005.
- BORGHETTI, Jean – Sébastien: “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit française”, *European review of private law*, núm. 16, 2008, pp. 1072 – 1082.
- BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra: “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 113, 2013, pp. 1 – 4.
- CRESPO MORA, M^a. Carmen: “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, pp. 207 – 313.
 - *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2005.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999.
 - “La responsabilidad civil del abogado”, *InDret*, núm. 1, 2008, pp. 1 – 54.
- DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel: “Pérdida de oportunidad en salud”, *Ars Médica: revista de humanidades*, Vol. 5, 2006, pp. 141 – 147.
- FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, *Bridgeport Law Review*, núm. 12, 1992, pp. 471 – 503.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2011.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús: “De nuevo sobre el concepto de lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, *Diario La Ley*, núm. 18, 2009, pp. 2139 - 2149.
- GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, núm. 111, 2010, pp. 33 – 72.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, *Diario La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1512 – 1517.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 – 226.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, núm. 3, 2003, pps. 1 – 9.
- GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- GUILLÓ SÁNCHEZ – GALIANO, María de los Desamparados: “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 113 – 119.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: “El daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 69, 2009, pp. 1 – 2.
 - “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 110, 2012, pp. 1 – 3.
- LORENZO – REGO, Irene: “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 103, 2012, pp. 6 – 20.
- LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, *InDret*, núm. 2, 2005, pp. 1 – 19.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado”, *Diario La Ley*, núm. 7114, 2009, pp. 1 – 9.
- MEDINA ALCOZ, Luis: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 47, 2009, pp. 107 – 158.
- MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007.
 - “La teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 97 – 112.

- PANIZA FULLANA, Antonia: “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 1, núm. 11, 2012, pp. 51 – 64.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 – 26.
- RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53 – 59.
- SÁNCHEZ CARO, Javier: “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 121 – 126.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano 2000.
- SISO MARTÍN, Juan: “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 154, 2008, pp. 764 – 767.
- TRUCKOR, Michelle L.: “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, *University Dayton Law Review*, núm. 24, 1998, pp. 349 – 373.
- VINEY y JOURDIAN en VINEY, G., y JOURDAIN, P.: *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París 2006.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9 – 38.
- YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”, *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, Vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 1 – 36.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 533 – 542.

CIRUGÍA Y MENORES: EL CASO DE LA CIRCUNCISIÓN MASCULINA

Pablo de Lora

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 1. **Introducción;** 2. **El ejercicio de la patria potestad y la decisión clínica:** 2.1. La decisión de la Corte de Apelaciones de Colonia de 7 de mayo de 2012; 2.2. La práctica de la metzitzahb'peh y la regulación del Departamento de Salud de la ciudad de Nueva York; 3. **Los argumentos en favor de la circuncisión:** 3.1. Las razones médicas; 3.2. Razones no médicas; 4. **Conclusión: el “intactivismo” y la estrategia interna.**

RESUMEN

La circuncisión masculina practicada por razones religiosas o culturales es fuente de una importante controversia jurídica. En este trabajo analizo, a la luz de algunos casos recientes, las razones aducidas por quienes consideran que debe seguir permitiéndose y concluyo que las mismas no son suficientes para justificar la vulneración que supone del derecho a la integridad corporal y a un “futuro abierto” del menor.

PALABRAS CLAVE

Circuncisión masculina, derecho a la integridad corporal, derecho a un futuro abierto, mejores intereses, patria potestad.

ABSTRACT

Male circumcision performed on minors for cultural or religious reasons is the source of a significant legal controversy. In this essay I report recent quarrels involving circumcision and I assess the reasons raised by those who favor its current status as a permitted practice. I conclude by arguing that those reasons do not trump the minor's right to corporal integrity and to an “open future”.

KEYWORDS

Male circumcision, right to corporal integrity, right to an open future, best interests, parental rights.

1. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones médicas en los menores de edad, y, en particular, los tratamientos que suponen la afectación de su integridad corporal, plantean desafíos jurídicos y éticos distintivos y profundos. En esencia, el problema normativo suscitado por el tratamiento médico del menor tiene dos vertientes. Por un lado el umbral¹ a partir del cual cabe sostener que el menor puede ejercer su autonomía en la toma de decisiones clínicas, incluso las que comprometen su propia vida, y, en segundo término, el margen de actuación con el que cuentan quienes, hasta el momento en el que el individuo adquiere plena autonomía, típicamente los padres, actúan como representantes legales del menor.

En relación con la primera dimensión, en España es emblemático el caso del menor residente en Ballobar (Huesca) quien, aduciendo su profesión de fe en la doctrina de los Testigos de Jehová, rechazó reiteradamente las transfusiones de sangre indicadas, con el fatal resultado de su fallecimiento². A pesar de que el legislador español ha incorporado en la Ley 41/2002 de autonomía del paciente (artículo 9)³ la idea del “menor maduro” en la determinación de una, que podríamos denominar “mayoría de edad sanitaria”, hay quienes dudan de que, en casos límite como el del menor de Ballobar, no habría de ser la decisión de los representantes lo que prime frente al ejercicio de la autonomía del menor, o, al menos, que tendrá que ser la autoridad judicial quien determine finalmente la validez de su consentimiento⁴. De hecho, el artículo

9.3.c) de la Ley 41/2002 deja entreabierto esa posibilidad de que no sea el menor –juzgado en todo caso como competente– quien tenga finalmente la última palabra: “Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta *para la toma de la decisión correspondiente*” (cursivas mías).

La tesis favorable a robustecer la autonomía sanitaria del menor –hacer que la relación médico-menor maduro sea inmune al conocimiento y posible revisión por parte de sus representantes legales– se ha encontrado, de momento, con la oposición de los tribunales contencioso-administrativos, concretamente con la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de declarar nulos dos preceptos del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña (el 33 y el 59) donde, por un lado, se establecía la confidencialidad y la prevalencia de la voluntad del menor, frente a los padres o tutores, cuando, a juicio del médico, aquél fuera lo suficientemente maduro (e independientemente de su edad), y, por otro lado, se posibilitaba al médico dar información y recabar el consentimiento de la menor para la práctica de la interrupción del embarazo independientemente del conocimiento de sus padres⁵. El artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha venido a avalar esta solución anticipada por el Colegio de Médicos de Cataluña, pero el recurso de constitucionalidad contra la misma, junto a la gran controversia creada precisamente sobre ese aspecto de una ley ya de por sí polémica, pone también claramente de manifiesto que los límites de la autonomía de la voluntad sanitaria de los menores distan mucho de haber quedado pacíficamente asentados⁶.

1 Por umbral debe entenderse genéricamente el conjunto de condiciones que hacen posible atribuir al individuo la soberanía en la decisión de aceptar o rechazar el tratamiento o intervención.

2 El caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 154/2002 de 18 de julio amparando a los padres del menor que habían sido condenados por la muerte de su hijo en comisión por omisión por el Tribunal Supremo en sentencia de 27-6-1997.

3 La noción no deja de ser, finalmente, una especificación de la previsión establecida en el artículo 162 del Código Civil (de acuerdo con el cual se exceptúan de la representación legal que sobre sus hijos menores no emancipados tienen los padres que ostentan la patria potestad “... los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”) y ya había sido anteriormente plasmada en el artículo 12.1. de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y posteriormente en el Convenio de Oviedo (artículo 6.2.) y en el artículo 162.1. del Código Civil.

4 Así por ejemplo María Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 48; José Guerrero Zaplana, *El consentimiento informado. Su valor en la jurisprudencia*, Lex Nova, 2004, p. 83; Carlos Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La

negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1998, pp. 327-357, pp. 337-338; Agustín del Cañizo Fernández-Roldán y Agustín del Cañizo López, “El consentimiento informado en asistencia pediátrica”, en *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*, José María Gómez-Heras y Carmen Velayos Castelo (eds.), Tecnos, Madrid, 2005, pp. 273-285, p. 281. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-474/96 de 25 de septiembre.

5 Véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 363/2010 de 7 de abril.

6 En el momento en el que este trabajo entra en la imprenta, el artículo 13 de la Ley 2/2010 ha sido modificado con el efecto de que la menor de 18 no podrá interrumpir su embarazo sin previa aprobación de sus padres.

En este trabajo pretendo, sin embargo, analizar la otra vertiente de la cuestión, la de los límites en el ejercicio de la patria potestad en el ámbito clínico, y, en concreto, en un supuesto especialmente controvertido de cirugía (menor), la circuncisión masculina, que, si bien minoritaria en España⁷, viene siendo objeto de un interesante y fructífero debate del que sin duda cabe extraer lecciones y consecuencias para otros supuestos en los que también se presentan en una tensión conflictiva los derechos del menor y las pretensiones paternas de afectar su integridad corporal por razones religiosas o culturales.

Para ello estructuraré el ensayo del siguiente modo. En el epígrafe 2 expondré un conjunto de casos célebres en los que la intervención médica sobre el menor ha resultado especialmente controvertida, bien porque el criterio de los padres entraba en conflicto con lo que, de acuerdo con el criterio clínico, respondía al “mejor interés” del menor, bien porque, aun existiendo acuerdo entre el equipo médico y los padres, el tratamiento o intervención se ha encontrado con la reprobación social. Al hilo de la presentación de esos supuestos defenderé una concepción objetivista de los mejores intereses del menor y su papel como legítimo asidero para que el poder público pueda intervenir por encima del criterio de quienes ejercen la patria potestad. A partir de estas premisas pasaré a analizar el supuesto de la circuncisión genital masculina y para ello describiré los casos recientes que han avivado la polémica sobre dicha intervención –la decisión de la Corte de Apelaciones de Colonia de 2012 y la aprobación de la normativa de la ciudad de Nueva York sobre la práctica de la *metzitzahb'peh*, una variante de la circuncisión practicada por los judíos ultraortodoxos. En el epígrafe 3 expondré los argumentos aducidos en favor de la circuncisión, por un lado las razones de naturaleza médica –y el alcance de las mismas a la luz de los recientes pronunciamientos de diversas sociedades médicas– y las justificaciones para permitir la circuncisión cuando no hay una indicación clínica, es decir, por razones religiosas o culturales. Analizaré concretamente tres argumentos, el que denominaré “argumento de la normalidad”, un argumento de naturaleza “instrumental” basado en la preferencia por causar el mal menor, y la justificación más sustantiva de todas las esgrimidas: la circuncisión masculina como la expresión del legítimo afán de los padres de compartir con sus hijos las pautas culturales o religiosas que

dan un sentido muy importante a su vida. A lo largo de la presentación de esos argumentos mostraré las objeciones esgrimidas por quienes se oponen a permitir la circuncisión –los llamados intactivistas– y el modo en el que, mediante una estrategia que denomino “interna”, cabría “acomodar” dicha práctica en un Estado liberal que pretende respetar las distintas concepciones de lo bueno.

2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA DECISIÓN CLÍNICA

“La patria potestad –reza el Código Civil– se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...” (Artículo 154). Ese ejercicio comprende, obviamente, el velar por su salud, pero las decisiones en cuanto a la asistencia sanitaria que deba ser proporcionada son en ocasiones objeto de controversia, incluso cuando están guiadas por el principio de beneficencia, principio que es expresamente encumbrado como criterio reinante en este ámbito en el Convenio de Oviedo (artículo 6.1.). La razón es sencilla: lo que los representantes consideren beneficioso puede no coincidir con el criterio clínico, o ser éste mismo objeto de disputa en el seno de la comunidad médica. Los siguientes casos que brevemente sintetizo permiten comprender bien el alcance que pueden llegar a tener estos conflictos.

Los padres de la niña conocida como Ashley X, nacida con un retraso neurológico severísimo, la sometieron, en connivencia con el equipo médico del *Children's Hospital* de Seattle (Estados Unidos) y con la autorización del Comité de Ética de dicho centro, a un muy agresivo tratamiento –conocido ya en la literatura como “tratamiento Ashley”– consistente en la atenuación de su proceso de crecimiento mediante altas dosis de estrógenos; a su esterilización mediante una histerectomía, y a una mastectomía. Además de evitarle futuros embarazos y eliminar los inconvenientes de la menstruación, los padres pretendían que sus atributos femeninos no pudieran en ningún caso ser origen de posibles abusos por parte de quienes eventualmente se fueran a ocupar de su cuidado una vez que ellos ya no pudieran hacerlo. Mientras tanto, la atenuación del crecimiento, es decir, hacer que el menor sea “más manejable” (Ashley no andaba y ni siquiera podía sostener la cabeza): “... ofrece a algunos padres al menos la oportunidad de prolongar el tiempo que pueden cuidar a su hijo en casa”⁸.

⁷ De acuerdo con los datos publicados en la edición de *El País* de 29 de agosto de 2012, tan solo un 2% de los niños son circuncidados en España, frente a un 98% en Senegal o un 79% en Estados Unidos.

⁸ Véase Daniel F. Gunther y Douglas S. Diekema, “Attenuating Growth in Children With Profound Developmental

En el Reino Unido, la madre de David Glass, nacido también con una discapacidad física y neurológica muy grave, entabló una batalla judicial –que acabó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– en contra de la decisión del equipo médico del St. Mary’s Hospital de retirar el tratamiento de cuidados intensivos a su hijo, instaurar cuidados paliativos y disponer una orden de no resucitación, dado su estado crítico, y la, a juicio de los profesionales sanitarios, catastrófica prognosis. Para los representantes legales de David los médicos vulneraron con ello el artículo 8 del Convenio Europeo que consagra el respeto a la vida privada personal y familiar, así como su derecho a la integridad física y moral, una alegación que fue finalmente acogida por el Tribunal⁹.

Más recientemente, en los Estados Unidos, los padres de Jahi McMath de 13 años, declarada fallecida por muerte cerebral tras las complicaciones derivadas de una intervención quirúrgica, lograron que, frente al criterio de todos los especialistas involucrados, no se interrumpiera la ventilación asistida y que su hija fuera trasladada a otro hospital donde sí accedían a mantenerla conectada “con vida”¹⁰.

Otros casos semejantes han sido los concernientes a la separación de siameses¹¹, el implante coclear en menores que sufren de sordera¹², la donación de

Disability. A New Approach to an Old Dilemma”, *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine*, Vol. 160, October 2006, pp. 1013-1017, p. 1016. El volumen 10 (2010) de la *American Journal of Bioethics* incluye un conjunto de artículos que cubren todas las aristas del polémico tratamiento incluyendo una respuesta de los médicos involucrados. La familia, por su parte, mantiene una página web donde dan cuenta de sus razones para haber sometido a Ashley al tratamiento y de su evolución: <http://www.pillowangel.org/> (última visita 2 de abril de 2014).

⁹ Véase *Case of Glass v. The United Kingdom*, 9 de marzo de 2004.

¹⁰ Sobre el caso véase el comentario de Arthur Caplan y David Magnus (<http://time.com/194/brain-death-really-is-death/#ixzz2pLvXfz2>, última consulta el 3 de abril de 2014) y de Robert Truog y Franklin G. Miller en el Hastings Center Report, <http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=6769&blogid=140>, última consulta el 3 de abril de 2014).

¹¹ Uno de los más celebres fue resuelto también en el Reino Unido: *Re A. (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001]2 WLR 480.

¹² En el año 2002 salto a los medios de comunicación que una pareja de lesbianas sordas (Sharon Duchesneau y Candy McCullough) habían logrado procrear a un niño sordo de manera deliberada –lo cual ya de por sí ha generado intrincadas discusiones acerca de los límites del derecho a la maternidad y la naturaleza de la discapacidad– y además se habían negado a que se le introdujera un implante coclear. Me he ocupado modestamente de ello en otro lugar: “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 10, 2007, pp. 45-63.

órganos¹³, la inmunización¹⁴ o las intervenciones de cirugía plástica por razones estéticas no reparadoras de un accidente o trauma previo¹⁵.

Pero quizá el más célebre de todos ellos haya sido la aventurada y trágica solución –por lo que finalmente aconteció con el paciente– que el psicólogo John Money, uno de los que primero teorizó sobre la construcción social de la identidad de género, llevó a cabo con David Reimer a finales de los años 60 del pasado siglo. Reimer, de resultas precisamente de las lesiones producidas durante una circuncisión mal practicada cuando contaba 8 meses, fue sometido, por consejo del Dr. Money, a una cirugía de reasignación de género y educado ulteriormente como una mujer. David –Brenda en su nueva identidad–, sin embargo, nunca se sintió mujer y cuando alcanzó la adolescencia comenzó un tratamiento hormonal y posteriormente quirúrgico para recuperar su identidad morfológica previa, restaurando sus genitales hasta el punto de poder llegar a ser padre. En el año 2004, conociendo ya los detalles completos de su historia, y tras decidir su mujer iniciar los trámites de separación, se suicidó¹⁶.

¹³ Mediante expediente de jurisdicción voluntaria, la juez de primera instancia número 17 de Sevilla resolvió autorizar a la madre de una menor de 17 años la donación de segmento hepático con el que proceder a un trasplante para así salvar la vida a la hija de la menor, su nieta, y ello pese a que la normativa sobre trasplantes entonces vigente (la Ley 30/1979 y el RD 2070/1999) exigía, y exige, la mayoría de edad de los 18 años para ser donante de vivo. La juez, sin embargo, aplica por analogía el procedimiento establecido para la esterilización de incapaces (véase el Auto de 18 de octubre de 2007). Los tribunales estadounidenses se han pronunciado varias veces sobre las decisiones de trasplante de vivo entre hermanos adoptadas por los representantes legales del donante; así en *Hart v. Brown*, Superior Court of Connecticut, Fairfield County, 29 Conn. Supp 368, 289, A. 2d 386 (21-3-1972) y en *Strunk v. Strunk*, Court of Appeals of Kentucky, 445 S. W. 2d 145 (26-9-1969), si bien en este último supuesto se trataba de un adulto incompetente.

¹⁴ Para un análisis de los casos y del Derecho comparado sobre esta materia, véase el trabajo de Yolanda García-Ruiz, “Salud pública y Multiculturalidad: inmunización poblacional y seguridad alimentaria”, en el número 18 del *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, Las fronteras del Derecho biosanitario*, Pablo de Lora y Blanca Mendoza (eds.) publicado en 2014.

¹⁵ La motivación suele ser la adecuación a un patrón estético dominante. Así ocurre con las personas que sufren de síndrome de Down, pero también con los asiáticos que quieren occidentalizar sus rasgos, por ejemplo. Sobre ello véase R. Jones, “Parental consent to cosmetic facial surgery in Down’s syndrome”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 26, número 2, abril 2000 y Alicia Oulette, “Eyes Wide Open: Surgery to Westernize the Eyes of an Asian Child”, *Hastings Center Report*, Vol. 39, número 1, 2009, pp. 15-18.

¹⁶ La historia ha dado para una amplia literatura y documentales de televisión. Un buen resumen es el del obituario que el *New York Times* le dedicó a John Money: “John William

La fuente de estos conflictos tiene que ver, como señalaba anteriormente, con la esencial contestabilidad de la idea de “mejor interés del menor” y la cuestión de a quién le corresponde determinarlo. Nuestras sociedades liberales conceden un amplio margen de determinación a los que ostentan la patria potestad, pero no es el caso, ni parece que deba serlo, que la última palabra la deban tener en todo caso los padres¹⁷. Detrás de esa restricción late, en definitiva, la idea de que los mejores intereses tienen carácter objetivo, y que esa comprensión cede cuando el menor alcanza la condición que le permite, ya sí, ser soberano sobre su bienestar, incluso cuando, a ojos de los demás, el ejercicio de su autonomía no le sea beneficioso.

Como en otra ocasión he sostenido¹⁸, la determinación del mejor interés del menor no puede basarse en lo que algún autor ha denominado “paternalismo de la voluntad”, esto es, en la conjetura sobre lo que constituye la “auténtica voluntad”, mediante el expediente de preguntarnos “... cuál sería la voluntad del menor ante el caso propuesto si éste tuviese el juicio suficiente para tomar una decisión de manera consciente; es decir, si tuviese un suficiente desarrollo de su razón y la experiencia para poder valorar adecuadamente la información relevante sobre las circunstancias que afectan a la decisión que hay que tomar... y, después, actuar conforme a esa “auténtica” voluntad del niño”¹⁹. Este es un ejercicio estéril pues nos

Money, 84, *Sexual Identity Researcher, Dies*” en su edición del 11 de julio de 2006 (disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.nytimes.com/2006/07/11/us/11money.html?_r=0, última consulta el 2 de abril de 2014). En España recientemente se ha autorizado judicialmente la operación de reasignación de género a un menor de 16 años que sufría disforia de género (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/11/actualidad/1263164414_850215.html), pese a que el artículo 156 del Código Penal parece implícitamente requerir la mayoría de edad.

17 Esta es una tesis que parecen defender Agustín del Cañizo Fernández-Roldán y Agustín del Cañizo López, en “El consentimiento informado en asistencia pediátrica”, cit., p. 279. La decisión de incluir la esterilización de incapaces entre los supuestos excepcionados del delito de lesiones en el artículo 428 CP entonces vigente (hoy artículo 156) puso de manifiesto que, a juicio de algunos, una decisión tal es siempre contraria al interés del incapaz y que la misma no puede ser justificada porque quienes le representan si consideran que es lo mejor. Este es el sentido del voto particular emitido por el magistrado José Gabaldón en la STC 215/1994 de 14 de julio en el que se enjuiciaba la constitucionalidad del artículo 428 CP.

18 “Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces”, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia*, Vols. 40-41, 2008, pp. 123-140.

19 Ignacio Campoy, “Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños”, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2000, p. 409 y *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson,

falta el elemento que permitiría cabalmente hacer la especulación sobre lo que el individuo hubiera deseado y que puede no alinearse con sus mejores intereses desde un punto de vista objetivo: la existencia de una personalidad, esto es, un conjunto de aspiraciones, planes de vida, anhelos, una forma de ver el mundo, en suma, de la que obviamente el menor carece²⁰. En otro caso, es decir, si lo que hacemos es prescindir de tales elementos idiosincrásicos, el paternalismo de la voluntad no es otra cosa que la aplicación de lo que objetivamente consideremos vaya en beneficio del sujeto sin atender a voluntad presunta alguna. Una forma de ejercer el paternalismo sin apellidos.

Un ámbito en el que este conflicto se plantea de manera particularmente virulenta es el de la cirugía o tratamiento médico —o ausencia del mismo²¹— motivada por razones religiosas o culturales. En España, y en el resto del mundo occidental, es unánime la condena de la mutilación genital femenina, tal vez el supuesto paradigmático y más controvertido de “cirugía” ritual en menores. Siguiendo diversos llamamientos y resoluciones de Naciones Unidas y de la Unión Europea²², el artículo 149.2 del Código Penal

Madrid, 2006, pp. 984-985.

20 Este es el sentido de la, a mi juicio acertada, crítica que han dirigido Andrew M. Siegel, Dominic A. Sisti y Arthur L. Caplan, contra la regulación recientemente aprobada en Bélgica que permite la eutanasia pediátrica, es decir, la posibilidad de que los que sufren de una enfermedad crónica y terminal que les supone constante e insoportable sufrimiento y que han demostrado tener “capacidad de discernimiento” soliciten, con referendo de sus padres, y obtengan ayuda para el suicidio médicamente asistido. Mediante esta extensión de la idea de “capacidad de discernimiento” se olvida, como señalan Siegel et. al., que los adultos pueden racional y razonablemente solicitar la eutanasia por razones que van más allá del sufrimiento y que tienen que ver con la propia autoconcepción que tienen como individuos y de lo que su vida significa y ha significado. De todo ello carecen, por razones obvias, quienes apenas han tenido oportunidad de desarrollarse como personas; véase “Pediatric Euthanasia in Belgium. Disturbing Developments”, *JAMA. The Journal of the American Medical Association*, 17 de abril de 2014 (disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=1863566>).

21 He aludido anteriormente al caso paradigmático y conocido en España de los Testigos de Jehová, pero también debe mencionarse, aunque es prevalente solo en los Estados Unidos, el de los *Christian Scientists* que confían en la oración como método curativo. Han sido muchos ya los casos en los que los padres practicantes de dicho credo han sido llevados a los tribunales por la muerte de sus hijos menores. Véanse por todos, las decisiones de la Corte de Apelaciones del Estado de California en *People v. Ripberger* 231 Cal.App.3d 1667 (1991); de la Corte Suprema de Delaware en *Newark v. Williams/DCPS Del.* Supr 588 A. 2d 1108 (1991).

22 Véanse a este respecto las Resoluciones 67/146 de 20 de diciembre de 2012 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre intensificación de los esfuerzos globales para la eliminación de la mutilación genital femenina y 56/128 de 30 de enero de 2002 de la Asamblea General de Naciones

castiga "... la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones"²³, y, además, sobre esas conductas, se aplica el principio de justicia universal establecido en el artículo 23.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para hacernos cabalmente idea del alcance de este reproche jurídico-penal a la mutilación genital femenina, conviene advertir que al amparo de aquel precepto los tribunales españoles han llegado a condenar por mutilaciones cometidas antes de venir a España, aunque apreciando la atenuante de error de prohibición vencible²⁴.

Los niños, especialmente los de religión judaica y musulmana también son sometidos a una suerte de "mutilación" genital por razones religiosas, aunque tales prácticas ancestrales han recibido un reproche jurídico, reprobación o condena social mucho más atenuado si es que acaso han resultado, o resultan, censuradas. Dos casos recientes, sin embargo, han contribuido a suscitar un debate que hasta hace muy

Unidas sobre Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer o la Niña, y las Resoluciones del Parlamento Europeo, 2014/2511(RSP) de 6 de febrero de 2014 y 2012/2684 (RSP) de 14 de junio de 2012 sobre erradicación de la mutilación genital femenina y 2008/2071(INI) de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE.

²³ La tipificación se introdujo mediante la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre. En la Exposición de Motivos se deja entrever que la conducta penalizada es solo la mutilación genital femenina, aunque el texto es ambiguo al respecto: "Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina. En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años. Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones".

²⁴ Véase la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 de 4 de abril de 2013. Se trataba de un supuesto de reagrupación familiar de una familia senegalesa. Toda vez que el marido llevaba varios años viviendo en España, el tribunal concluye que la mujer, aunque procediera de una zona rural, no podía desconocer la consideración que en España merecía la práctica y su persecución. El Tribunal Supremo, con todo, ha revocado esa decisión por falta de prueba inculpativa bastante para desvirtuar la presunción de inocencia. Véase la STS 939/2013 de 16 de diciembre.

poco tiempo era claramente marginal, particularmente en Europa²⁵.

2.1. La decisión de la Corte de Apelaciones de Colonia de 7 de mayo de 2012

Los hechos que dieron lugar a la decisión de la Corte de Apelaciones de Colonia de 7 de mayo de 2012 son resumidamente los siguientes²⁶. Los padres de un menor de 4 años de religión musulmana acudieron a un hospital para que un médico, también musulmán, practicara una circuncisión al menor. Tras sufrir complicaciones, los médicos del centro donde es atendido, puestos en conocimiento de los hechos, denuncian al facultativo que practicó la circuncisión por un delito de lesiones. Si bien en primera instancia el facultativo resultó absuelto, la Corte de Apelaciones de Colonia sí considera que, toda vez que la circuncisión se practicó sin justificación médica, el médico ha incurrido en el delito de lesiones del 224.2 StGB "mediante el uso de instrumentos peligrosos". Así y todo, el tribunal le absuelve finalmente por estimar que concurre la eximente del error de prohibición invencible.

Este caso suscitó un colosal debate político en Alemania, y la presidenta Merkel, a la vista de las declaraciones de importantes miembros de la comunidad judía alemana, alguno de los cuales llegó a afirmar que se trataba del ataque más serio a la vida judía en Europa desde el Holocausto²⁷, se apresuró a declarar que en Alemania se haría todo lo que fuera necesario para asegurar que los judíos pudieran seguir practicando su emblemático y ancestral ritual²⁸. Y efectivamente así ha ocurrido. El 28 de diciembre de 2012 el Parlamento alemán aprobó una reforma

²⁵ Aunque véase sin embargo la Declaración de Helsinki en favor del derecho a la "autonomía genital" firmada en Helsinki en septiembre de 2012; disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.genitalautonomy.org/2012/10/09/helsinki-declaration-2012/> (última visita el 10 de abril de 2014).

²⁶ Un excelente comentario es el de Bijan Fateh Moghadam, "Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 –No. 151 Ns 169/11", *German Law Journal*, Vol. 13, número 9, 2012, pp. 1131-1145.

²⁷ Véase Juan Gómez, "El corte de la discordia", *El país*, edición de 12 de julio de 2012, p. 43 (disponible en la siguiente dirección electrónica: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/14/actualidad/1342294143_684400.html, última visita el 4 de abril de 2014) y "Is religious circumcision justifiable?", 19 de Julio de 2012, http://news.bbc.co.uk/today/hi/today/newsid_9739000/9739149.stm (ultimo acceso el 3 de abril de 2014).

²⁸ http://www.huffingtonpost.com/2012/07/13/germany-promises-freedom-circumcision-n_1671775.html (ultimo acceso el 3 de abril de 2014).

del Código Civil que expresamente permite la práctica de la circuncisión masculina cuando se lleva a cabo mediante las reglas del arte médico y siempre y cuando no se ponga en peligro “el bien del niño”, o cuando se practique durante los primeros seis meses de vida por parte de una autoridad religiosa especialmente formada y capacitada para ello²⁹.

Con posterioridad, una resolución de la Asamblea del Consejo de Europa de 1 de octubre de 2013³⁰ ha avivado el fuego de la polémica al mostrar su preocupación por la violación que, para la integridad física del menor, suponen un conjunto de prácticas –realizadas algunas por razones religiosas, otras no– entre las que se mencionan la mutilación genital femenina y la circuncisión masculina (además de la cirugía en menores intersexuales, y el sometimiento, mediando coacción o no, a la cirugía plástica, el *piercing* y los tatuajes). Al respecto de la primera, que se considera una violación más grave, se urge a los Estados a su prevención y prohibición y a la aplicación extraterritorial de sus leyes sancionatorias, y con relación a la segunda a que se: “... definan claramente las condiciones médicas, sanitarias y otras que habrán de asegurarse en aquellas prácticas que son hoy llevadas a cabo en ciertas comunidades religiosas, tales como la circuncisión masculina no justificada por razones médicas”. Estamos, pues, ante un nuevo ejemplo de doble patrón. A las protestas de la comunidad judía por estas referencias –encabezadas por el propio presidente de Israel, Simon Peres, que pidió al Secretario General del Consejo de Europa que las evitara³¹– se han sumado también las de algunas mujeres por la equiparación que se hace en la Resolución con la mutilación genital femenina³².

29 Una traducción literal completa se encuentra en el artículo de Jesús Silva-Sánchez, “Circuncisión infantil”, *InDret. Penal*, 1/2013, p. 4.

30 Resolución 1952 (2013). En septiembre de 2013 el defensor del pueblo escandinavo solicitaba la prohibición de la circuncisión no terapéutica en los países nórdicos; la noticia se puede leer en la siguiente dirección electrónica: <https://www.crin.org/en/library/news-archive/male-circumcision-nordic-ombudspersons-seek-ban-non-therapeutic-male> (última visita el 14 de abril de 2014).

31 Véase la noticia en la edición de *El País* de 4 de octubre de 2013 (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/04/actualidad/1380901905_582584.html, última consulta el 3 de abril de 2014).

32 Véase por todas Esther Bendahan, “Puritanismo y cobardía”, en la edición del diario *El País* de 29 de noviembre de 2013 (http://elpais.com/elpais/2013/11/20/opinion/1384972577_665223.html, última consulta el 3 de abril de 2014).

2.2. La práctica de la *metzitzahb'peh* y la regulación del Departamento de Salud de la ciudad de Nueva York

Metzitzahb'peh es la denominación que recibe la práctica de la circuncisión masculina en el seno de las comunidades judías ultraortodoxas en la que el *Mohel* –persona específicamente entrenada para circuncidar–, una vez realizado el corte en el prepucio del bebé succiona oralmente la sangre derramada³³. De acuerdo con las autoridades sanitarias de la ciudad de Nueva York –donde es mayor la prevalencia de esta variante de la circuncisión– así como con algunos estudios clínicos³⁴, la *metzitzahb'peh* entraña un alto riesgo de infección por el virus del herpes simple, y, de hecho, en los últimos años han sido ya varios los casos consignados, algunos de ellos con desenlace fatal. Tras haber desarrollado medidas informativas sin los resultados esperados, el 13 de septiembre de 2012 el órgano municipal competente para ello (el *New York City Board of Health*) reformó por unanimidad el artículo 181 del *New York City Health Code* añadiendo un precepto en el que se prohíbe la realización de circuncisiones que incluyan la succión oral sin haber recabado previamente el consentimiento informado de los representantes del menor³⁵.

Esta normativa ha sido recurrida ante los tribunales por diversas asociaciones judías ultraortodoxas alegando que vulnera la primera Enmienda de la Constitución, la conocida como *Establishment Clause* –que establece la separación entre la Iglesia y el Estado– así como la libertad religiosa en la medida en que, al tener que obtener el consentimiento previo de los representantes del menor, el *Mohel* está siendo obligado a “decir algo” que rechaza: que su acción conlleve el riesgo de transmisión del herpes. El 10 de enero de 2013, la juez de distrito Buchwaldha

33 Es interesante advertir como en algunos de los Estados de los Estados Unidos, se castiga como violación “cualquier contacto entre la boca de un adulto y el órgano genital de un niño”. Así ocurre, por ejemplo, en el Estado de Maine. Tal y como se narra en el caso *State v. Kargar* 679 A. 2d 81 (Me 1996) el 25 de junio de 1993 una vecina denuncia a Mohammad Kargar por besar el pene de su hijo de 18 meses. Kargar fue condenado en primera instancia aunque el tribunal de apelaciones le absolvió finalmente apreciando una “excepción cultural”.

34 Véase, por todos, Benjamin Gesundheit et. al., “Neonatal Genital Herpes Simplex Virus Type 1 Infection After Jewish Ritual Circumcision: Modern Medicine and Religious Tradition”, *Pediatrics*, Vol. 114 numero 2, agosto 2004, pp. 259-263.

35 La prensa neoyorquina, en particular el *New York Times*, se hizo buen eco de ello; véase por todos <http://www.nytimes.com/2012/09/14/nyregion/health-board-votes-to-regulate-jewish-circumcision-ritual.html>.

desestimó la demanda³⁶ y en el momento en el que este trabajo se concluye, la decisión se encuentra pendiente de la apelación ante la Corte de Apelaciones del segundo circuito.

3. LOS ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA CIRCUNCISIÓN

3.1. Las razones médicas

En los Estados Unidos, como antes apuntaba, la polémica en torno a la circuncisión no es nueva³⁷, aunque, como en Europa, la discusión se ha revitalizado por mor de la publicación de un informe, también reciente, procedente en este caso del grupo de trabajo sobre circuncisión de la Academia Americana de Pediatría³⁸. En dicho estudio, si bien se documentan beneficios para la salud en la práctica de la circuncisión –un menor riesgo de contagio del VIH, la sífilis, el virus del papiloma humano, el herpes genital, de cáncer de cuello de útero en la pareja, de cáncer de pene y de infección del tracto urinario en el primer año de vida–, beneficios que compensarían los riesgos que entraña la circuncisión, el grupo no concluye con una recomendación universal en favor de la circuncisión –los datos no son lo suficientemente robustos como para hacerlo, señalan–, sino que lo dejan a la discreción de los representantes del menor³⁹.

³⁶ Véase *Central Rabbinical Congress v. NYC Department of Health*.

³⁷ La disputa tiene una variante relacionada con un aspecto idiosincrásico del sistema sanitario estadounidense: si el seguro público (Medicaid) del que son beneficiarias las familias con más escasos recursos, debe o no sufragar el coste de la circuncisión. A día de hoy son 18 los Estados donde se ha decidido dejar de hacerlo; véase Aaron A. R. Tobian y Ronald H. Gray, “The Medical Benefits of Male Circumcision”, *Journal of the American Medical Association*, Vol. 306, número 13, 5 de octubre de 2011, pp. 1479-1480. En el Reino Unido, el *National Health Service* cubre el procedimiento no médicamente indicado en función de las prioridades sanitarias que se determinan por la composición poblacional (véase <http://www.nhs.uk/Conditions/Circumcision/Pages/Introduction.aspx>). Debemos, así, entender que la cobertura pública se da cuando la existencia de colectivos de otras etnias, religiones o culturas es significativa.

³⁸ Véase “Male Circumcision. Task Force on Circumcision”, *Pediatrics*, Vol. 130, 2012, pp. 756-785.

³⁹ Para una síntesis del informe, con algunas respuestas a las críticas, véase “The AAP Task Force on Neonatal Circumcision: a call for respectful dialogue”, *The Journal of Medical Ethics*, publicado electrónicamente el 18 de marzo de 2013 (doi:10.1136/medethics-2013-101456).

Esta conclusión ha sido severamente criticada por algunos autores que ven un fuerte prejuicio cultural en favor de la circuncisión tras el informe⁴⁰, y una absoluta desconsideración en relación con los derechos del menor. Además, consideran que el informe encierra una enorme paradoja: si los beneficios, por nimios que sean, superan los riesgos, ¿cómo no hacer la recomendación? En contraste con la posición adoptada por la asociación estadounidense, es importante señalar que las correspondientes organizaciones colegiales de pediatría en Finlandia, Suecia y los Países Bajos, entre otras, se han mostrado contrarias a la circuncisión por razones no médicamente indicadas y dudan en general sobre sus beneficios⁴¹.

Y es que existen dos problemas médicos para los que la escisión del prepucio dejando el glande a la vista, o, eventualmente, la frenulectomía (cortar el frenillo), que es en definitiva el procedimiento quirúrgico en que consiste la circuncisión, sí está indicada: la balanitis y la fimosis, que en cualquier caso, y a diferencia del rito religioso, se realizan con anestesia local (cuando se trata de recién nacidos) o general (en el caso de niños)⁴².

Y es en la evitación de este tipo de problemas que pueden evolucionar de manera grave para el menor, o en la prevención de infecciones, donde probablemente radica el origen remoto de esta práctica en Oriente Medio. La circuncisión masculina es otra de esas instancias en las que un comportamiento que se normaliza como remedio frente a ciertas adversidades –aun sin poder ser su eficacia científicamente testada– queda “normativizado”, esto es, pasa a ser considerado obligatorio con el refuerzo de la sanción

⁴⁰ Véase Steven Svoboda y Robert S. Van Howe, “Out of step: fatal flaws in the latest AAP policy report on neonatal circumcision”, *Journal of Medical Ethics*, publicado en la versión electrónica el 18 de marzo de 2013 (doi:10.1136/medethics-2013-101346).

⁴¹ Véase Svoboda y Van Howe (2013) y Udo Schuklenk, “Europe debates circumcision... and what about the child’s best interests?”, *Bioethics*, Vol. 26, número 8, 2012, pp. ii-iii. En relación con el cáncer de pene, cuya prevalencia es bajísima, Hutson ha señalado que para evitar un caso al año se tendrían que circuncidar 300.000 niños. En Dinamarca, por ejemplo, la incidencia no cesa de disminuir a pesar de que cada vez se circuncidan menos niños, y se estima que la causa es la propagación del uso del agua caliente y otras medidas de higiene básicas; véase J. M. Hutson, “Circumcision: A Surgeon’s Perspective”, *The Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, 2004, pp. 238-240, p. 239.

⁴² Hutson (2004). El NHS británico, indica que el recurso a la circuncisión es verdaderamente un último recurso y que otros tratamientos son siempre preferidos para unas condiciones que, en todo caso, resultan “extremadamente infrecuentes”; véase <http://www.nhs.uk/Conditions/Circumcision/Pages/Introduction.aspx>.

religiosa⁴³. Es lo que ocurre paradigmáticamente con la religión judía para la que el rito de la circuncisión (*Brismilah*) es fundacional, una marca identitaria y asociativa como ninguna otra, un evento que renueva la alianza entre el pueblo judío y Dios cada vez que se realiza; así, en Génesis 17 se puede leer:

Ésta es la alianza que hago con ustedes y que deberán cumplir también todos tus descendientes: todos los hombres entre ustedes deberán ser circuncidados. Deberán cortarse ustedes la carne de su prepucio, y eso servirá como señal de la alianza que hay entre ustedes y yo. De hoy en adelante, todo varón entre ustedes deberá ser circuncidado a los ocho días de nacido, lo mismo el niño que nazca en casa que el esclavo comprado por dinero a cualquier extranjero. Tanto el uno como el otro deberán ser circuncidados sin falta. Así mi alianza quedará señalada en la carne de ustedes como una alianza para toda la vida. Pero el que no sea circuncidado deberá ser eliminado de entre ustedes, por no haber respetado mi alianza.

Salvo por razones de fuerza mayor vinculadas con la salud del neonato –no así en cambio con el hecho de que coincida con el *Sabbath*–, la circuncisión judía se realiza a los ocho días del nacimiento, siguiendo la previsión de Levítico (12:3). La mayoría de los musulmanes también la practican, si bien no está prescrita en el Corán. Solo una de las escuelas sunitas, la *shafii*, la considera prescriptiva, y en todo caso tiene lugar en la pre-adolescencia del varón, cuando tiene entre 7 y 10 años.

Por lo tanto, la existencia de razones médicas suficientemente acreditadas justifica la intervención en el menor. El conflicto genuino se presenta, en cambio, cuando lo que se alega es el seguimiento de una pauta cultural o la obediencia a una prescripción religiosa como en el caso de los judíos y musulmanes, pues la pregunta es inevitablemente si esas constituyen razones suficientes para practicar la circuncisión. A continuación analizaré los argumentos con los que se trata de contestar afirmativamente la pregunta. Los dividiré en tres tipos: aquellos que destacan la poca entidad de la afectación y/o la relativa “normalidad” o aceptabilidad de la práctica; los que aluden a razones de índole instrumental para condenar la prohibición y los que, anudados al valor de la libertad de los progenitores en la conformación de la educación y

crianza de los hijos, apelan a que, una vez traspasado el umbral de la prohibición de la circuncisión, nos precipitamos en una ladera que acaba en el socavamiento de los cimientos sobre los que se asienta la relación paterno-filial y ciertos derechos de los progenitores sobre sus hijos y frente al poder público.

3.2. Razones no médicas

3.2.1. La “normalidad” de la circuncisión:

Un primer argumento esgrimido para permitir la circuncisión se basa en la constatación de su general aceptación social y la ausencia de reproche⁴⁴, así como en el hecho de que admitimos afectaciones corporales sobre nuestros hijos sin que las mismas sean consideradas moralmente problemáticas aunque “cambien” o alteren la integridad corporal. Piénsese, así, en la muy extendida práctica de hacer orificios en las orejas de las niñas para poner pendientes, o en la instalación de ortodoncia por razones estéticas.

Ninguno de los dos argumentos favorables a la permisión parece concluyente. La aceptación social, para empezar, depende del contexto que consideremos, como he tenido ocasión de indicar anteriormente, esto es, hay sociedades donde no es una práctica en absoluto bien aceptada, pero, más importante aún, en el terreno de la justificación moral tal constatación no juega un papel legitimador. Y la mejor prueba de ello es la condena –universal– que ha recibido la mutilación genital femenina –incluso las formas menos agresivas, que, como los propios David Benatar y Michael Benatar reconocen, no es peor como atentado a la integridad corporal del menor que la circuncisión masculina– pese a que en muchos países y comunidades africanas está generalmente aceptada.

De otra parte, sin ser la circuncisión masculina algo tan incapacitante o lesivo como la mayoría de las formas en las que se practica la mutilación genital femenina –en particular la infibulación– no se puede decir que sea equiparable a la ortodoncia o a la punción para poner pendientes. Para empezar porque,

⁴³ Es muy probablemente este también el origen de las prescripciones contra la ingesta de cerdo y otros productos de origen animal.

⁴⁴ Véase por todos Michael Benatar y David Benatar, “Between Prophylaxis and Child Abuse: The Ethics of Neonatal Male Circumcision”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 3, número 2, Spring 2003, pp. 35-48, y Julian Savulescu, “Male Circumcision and the Enhancement Debate: Harm Reduction, Not Prohibition”, publicado en el blog *Practical Ethics* el 18 de marzo de 2013; disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2013/03/male-circumcision-and-the-enhancement-debate-harm-reduction-not-prohibition-2/> (última consulta el 28 de abril de 2014).

cuando se practica sin anestesia, se inflige un dolor muy notable. La zona en la que se actúa cuenta con un número muy vasto de ramificaciones nerviosas y esa sensibilidad, obviamente, se traduce, en el momento de seccionarse el prepucio, en una reacción que no puede ser sino de mucho dolor. Se trata, además, de una intervención de difícil reversibilidad y con la que, se señala por sus detractores, se priva definitivamente al individuo de una zona de estimulación sexual que redundará en menos placer futuro⁴⁵.

3.2.2. Las razones instrumentales

Se han apuntado dos argumentos de naturaleza instrumental para seguir permitiendo la circuncisión no médica. En primer lugar que los daños que produce se intensifican cuando la circuncisión se realiza en adultos⁴⁶. En segundo lugar que la prohibición propagaría su realización de manera clandestina –y por lo tanto sería todavía más penosa para los menores⁴⁷.

Con ambas razones se asume la “necesidad” en la práctica de la circuncisión. El primero de los argumentos presupone que, por regla general, la circuncisión será necesaria o deseada en edad adulta, lo cual no tiene por qué ser el caso. Sería absurdo que justificáramos la inflicción de daño en los menores por anticipación de una contingencia que, por otro lado, resulta bastante improbable. En algunos países africanos la práctica de la circuncisión en adultos se ha incrementado notablemente por razones sanitarias –vinculadas a la prevención del SIDA– siguiendo las recomendaciones de la OMS de 2007 y de UNAIDS⁴⁸; en otros países hay motivaciones cosméticas detrás de la demanda –el seguimiento de un cierto patrón estético– e igualmente religiosas en los casos de conversión⁴⁹, pero junto a ese fenómeno, sin

duda cierto, se debe constatar el fenómeno opuesto: la cirugía de restauración demandada por quienes fueron circuncidados de niños, una actividad creciente en los últimos tiempos⁵⁰. Ante esa pléyade de razones que pueden concitarse en la edad adulta para someterse a la circuncisión, parece lo más prudente que sea precisamente en ese momento, cuando se puede otorgar genuinamente el consentimiento informado, el momento de decidir.

La supresión preventiva de un mayor dolor futuro se esgrime también cuando se justifica la punción en los lóbulos de las orejas de las niñas –pues se piensa igualmente que lo normal es que las mujeres quieran llevar pendientes– pero: ¿qué diríamos de unos padres que anticiparan tatuajes, excoriaciones o *piercings* porque su hijo sufrirá más si se los hace en edad adulta presumiendo que los querrá llevar? Repárese, además, en el diferente grado de reversibilidad –y los esfuerzos y medios que hay que emplear para lograrla– que tienen la circuncisión y la punción para la implantación de pendientes o la ortodoncia.

Es posible, tal y como se aduce por Savulescu, que la prohibición de la circuncisión masculina contribuya a que se practique de forma más clandestina y por tanto con menos garantías. Que ese factor nos incline entonces a seguir permitiéndola depende de que, en el fondo, no la consideremos tan grave. Si no fuera así, lo que reclamaríamos es mayor vigilancia y castigos más severos, no su “normalización”, como de hecho así ocurre con la mutilación genital femenina con respecto a la cual no se admite compenenda alguna. Cuando se conoció en 1996 que en el hospital Harborview Medical Center de Seattle (Estados Unidos), un grupo de pediatras y mujeres de la comunidad somalí habían llegado al “compromiso” de proceder a una simple muesca en el clítoris de sus hijas –suficiente para producir un pequeño sangrado pero sin desgarramiento de tejido ni escarificación, una “mutilación simbólica”– para de esa forma satisfacer las expectativas culturales y evitar al tiempo los “males mayores” que se podrían producir para esas niñas en sus países de origen, se alzaron muchas y airadas voces –entre ellas las de una miembro de la Cámara de Representantes estadounidense, Patricia Schroeder– que dieron al traste con el que ha pasado a conocerse como “compromiso de Seattle”. Y se

45 Véase Robert J. Darby, “The Child’s Right to an Open Future: Is the Principle Applicable to Non-therapeutic Circumcision”, *The Journal of Medical Ethics*, publicado online el 30 de enero de 2013 (doi:10.1136/medethics-2012-101182). La presunta reducción del placer sexual se sostiene por el hecho de la queratosis que cursa en el glande tras su exposición.

46 Véase Benatar y Benatar, op. cit y 2003 y Julian Savulescu, “Male Circumcision and the Enhancement Debate: Harm Reduction, Not Prohibition”, cit.

47 Véase Julian Savulescu, “Male Circumcision and the Enhancement Debate: Harm Reduction, Not Prohibition”, cit.

48 Véase el informe “Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/rts/9789241596169/en/> (última visita el 8 de abril de 2014).

49 Sobre todo ello véase “Late Cuts: an international look at adult circumcision”, *Canadian Medical Association Journal*,

10, 2012, 184 (1), pp. 15-16.

50 Sobre el procedimiento y sus orígenes históricos, véase Dirk Schultheiss, M.D., Michael C. Truss, M.D., Christian G. Stief, M.D., and Udo Jonas, M.D., “Uncircumcision: A Historical Review of Preputial Restoration”, *Plastic and Reconstructive Surgery*, Vol. 101, número 7, junio 1998, pp. 1990-1998.

trataba, insisto, de una intervención mucho menos agresiva y de menores consecuencias que la circuncisión masculina ritual⁵¹.

3.2.3. La circuncisión masculina como parte de un proyecto de vida paterno/materno-filial

Quienes reclaman la prohibición de la circuncisión masculina –así mismos llamados “intactivistas”–, y, en general, toda intervención corporal sobre los menores no justificada médicamente, apelan a los artículos 24.3 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño, y ulteriormente a un derecho moral a la integridad física del menor. El primero de los preceptos establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”, y el segundo conmina a los Estados Parte a que velen porque ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Tras estos artículos no solo late la idea de la evitación del sufrimiento o daño puntual causado sin justificación clínica, sino el respeto al más profundo derecho moral a disponer de un “futuro abierto”, lo cual incluye, para el caso que nos ocupa, la libre determinación morfológica o corporal, la posibilidad de disponer de una parte del cuerpo que es fuente de placer y, en último término, la adhesión religiosa misma. La circuncisión masculina es, empero, una forma de clausurar todas esas posibilidades de auto-determinación futura.

De acuerdo con Joel Feinberg, el autor que ha acuñado la expresión “derecho a un futuro abierto”, los representantes legales del menor mantienen con respecto a éste una suerte de deber fiduciario sobre sus derechos (“*rights in trust*”) que habrán de custodiar hasta que el menor pueda ejercerlos por sí mismo. Cuando los padres o tutores incumplan esa fiducia, es el Estado quien en última instancia se debe encargar de hacerlo⁵². Es la misma idea que de forma tan certera y gráfica expresaba John Locke en la sección 55 del *Segundo tratado sobre el gobierno civil*: “Los niños, debo confesarlo, no nacen en este estado de igualdad, si bien a él están destinados. Sus padres

tienen una suerte de gobierno y jurisdicción sobre ellos cuando vienen al mundo, y también durante algún tiempo después; pero se trata solamente de algo transitorio. Los lazos de esta sujeción son como los refajos en que son envueltos los recién nacidos a fin de darles soporte durante el tiempo de su infancia en que son más débiles; la edad y la razón, a medida que van creciendo, aflojan esas ataduras hasta que por fin las deshacen del todo y queda el hombre en disposición de decidir libremente por sí mismo”.

Se ha dicho que esta concepción de la relación paterno-filial no traduce bien, sin embargo, lo que tiene de distintivo la paternidad. Una visión de los padres o tutores como meros cuidadores, como garantes neutrales del bienestar de los hijos, entendido en sentido objetivo, ayuno de concepciones partisanas sobre lo que hace de una vida algo valioso, digno o mejor –concepciones religiosas significadamente, pero también filosóficas o ideológicas en general–, resulta para muchos una visión equivocada de la relación paterno-filial. Y ello tanto por razones instrumentales –porque estar a cargo de un menor, sin influir en él, resulta imposible– cuanto por razones sustantivas: buena parte de lo valioso que hay en el hecho de ser padre o madre, se arguye, radica precisamente en querer compartir un modo de vida, o, en su vertiente más primaria y gráfica en nuestro caso, un “modo (anatómicamente) de ser”. Para el menor, se ha aducido en esta línea, puede resultar psicológicamente importante verse anatómicamente reflejado en el padre circuncidado y no así como alguien “diferente”. En el argumento de pendiente resbaladiza que ha esgrimido Silva Sánchez para cuestionar la decisión de la Corte de Apelaciones de Colonia, se puede percibir como late en el fondo esta denuncia de una paternidad o maternidad “desnaturalizada” por meramente circunscrita a mantener el futuro del menor abierto. Así, señala Silva Sánchez: “Tanto la conformación psíquica como el libre desarrollo de la personalidad (también en el ámbito sexual) de los hijos son condicionados siempre por los padres, al educarlos en un determinado sentido desde la infancia. Y existe un tipo de lesiones psíquicas. ¿Dónde estaría aquí el límite de la lesión? ¿Podría llegar a considerarse que una determinada educación es una conducta típica y no justificada de lesiones?”⁵³.

Ese carácter especial –y valioso– que tiene una relación paterno-filial donde hay cuidado, claro, pero en la que fundamentalmente se pretende también imbuir sentido a la vida, guiar en las elecciones,

51Dorane Lambelete Coleman, “The Seattle Compromise: Multicultural Sensitivity and Americanization”, *Duke Law Journal*, Vol. 47, February 1999, pp. 717-783, pp. 738-749.

52 Véase “The child’s right to an open future”, en *Freedom and fulfillment: philosophical essays*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992, pp. 76-7, 79, 88, 89.

53 “Circuncisión infantil”, cit., p. 5.

enseñar a valorar, descubrir y orientar en el marco de una tradición, es lo que explica y justifica la imposición de ciertas decisiones sobre los hijos, decisiones que están guiadas más por el interés del progenitor que exclusivamente por el mejor interés del menor. Es también la razón por la que no cabe dar cuenta de la relación paterno o materno-filial en términos de reciprocidad, y lo que, hasta cierto punto, hace que la esfera familiar permanezca inmunizada frente al poder público⁵⁴. Piénsese, en el ejemplo más inmediato y cotidiano, en la lengua que es utilizada para la comunicación en el seno de una familia. Una política pública o legislación que impide utilizar un determinado idioma en la esfera privada, o, en general, la enculturación familiar, es característica de un Estado autoritario⁵⁵. Prácticas como la circuncisión serían igualmente la expresión de intereses semejantes, protegibles por legítimos en un Estado de inspiración no autoritaria.

El argumento es atendible si bien, nuevamente, la apelación a que el contenido de nuestro derecho a la paternidad o maternidad debe incluir la potestad de hacer a nuestros hijos cómplices de nuestros planes de vida, no puede ser ilimitada. Tanto porque el menor no deba necesariamente arrostrar todas las consecuencias que se siguen de una preferencia religiosa, ideológica o cultural paterna o materna, pues tales compromisos sólo deben poder adquirirse en la edad madura, cuanto porque el menor ha adquirido ya una preferencia que no corresponde a la de los padres y tiene derecho a mantenerla frente a aquellos. En cuanto a la primera vertiente, en una decisión legendaria, *Prince v. Massachusetts*⁵⁶, la Corte Suprema

54 Un poder público que podría, si la atención a las necesidades objetivas fuera todo lo que nos resultase importante en relación con la vida de los menores, “redistribuirlos” en función de las mejores capacidades que pudieran tener otros adultos que cuidarían mejor de ellos aunque no fueran sus padres. Sobre todo ello véase Harry Brighouse and Adam Swift, “Parents’ Rights and the Value of the Family”, *Ethics*, 117, October 2006, pp. 80-108, pp. 81-83, 95.

55 Piénsese en la restricción al uso de la inscripción de nombres en catalán o en otras lenguas españolas (artículo 54 de la Ley del Registro Civil y 192 del Reglamento) que estuvo vigente en España hasta la modificación producida al amparo de la Ley 17/1977 de 4 de enero de modificación parcial de la Ley de Registro Civil (artículo 1).

56 321 U.S. 158 (1944). La cuestión que se dilucidaba era la de si una mujer, Testigo de Jehová, vulneraba la legislación laboral que prohibía el trabajo infantil al ser acompañada por una menor de 9 años sobre la que ejercía la guardia en la tarea de predicar y distribuir literatura proselitista por las calles. La mujer alegaba que tal legislación vulneraba su derecho a la libertad religiosa, pero en una apretada votación de 5 contra 4 la Corte Suprema consideró que el poder público podía legítimamente imponer esas restricciones sobre el trabajo infantil, y, en general, sobre las potestades de los padres sobre

estadounidense ya advirtió en este sentido que: “Los padres pueden ser libres de convertirse ellos mismos en mártires, pero de ello no se sigue que tengan libertad para, en idénticas circunstancias, hacer mártires a sus hijos antes de que hayan alcanzado la edad en la que jurídicamente pueden ejercer plenamente su arbitrio, cuando pueden ellos elegir por sí mismos”. En cuanto a la segunda dimensión, el Tribunal Constitucional español en la STC 154/2002 de 18 de julio en la que se resuelve el recurso de amparo interpuesto por los padres del menor de Ballobar, el asunto con el que iniciaba estas páginas, ha insistido, como ya había hecho en la STC 141/2000 (FJ 5º), en que los menores son titulares del derecho a la libertad de creencias y a su integridad moral (FJº 9).

4. CONCLUSIÓN: EL “INTACTIVISMO” Y LA ESTRATEGIA INTERNA

A lo largo de las anteriores páginas he tratado de mostrar las razones por las cuales el poder público no debería permitir la circuncisión genital masculina en menores cuando no hay una indicación clínica para ello. Me interesa señalar, para concluir, que junto a las razones alegadas por los intactivistas que se sustentan en el derecho del menor a la integridad corporal y a un “futuro abierto”, derechos ambos que, a mi juicio, triunfan frente a la pretensión de los padres de hacer del menor un aliado cultural o religioso de su plan de vida, hay quienes han estimado, además, que la práctica de la circuncisión genital masculina de los menores responde a una equivocada lectura de las tradiciones culturales o textos sagrados sobre los que los partidarios asientan su defensa. A esa forma de oposición a la circuncisión genital masculina en menores la denomino “estrategia interna” porque, desde el afán de “tomarse en serio” la pauta cultural o religiosa, buscan la mejor lectura posible de la misma, entendiéndose por “mejor lectura” aquella que pone a resguardo los derechos de los menores pero que no supone desprestigiar el valor de la práctica simplemente por el hecho de que esté aparejada a una posición fideísta que no resulta accesible a quien no comparte la creencia. Esta estrategia resultaría particularmente aplicable para el caso de la tradición judía.

En efecto, si reparamos nuevamente en el pasaje del Génesis que he citado anteriormente, la obligación de circuncidar se extiende por igual al “... niño que nazca en casa que el esclavo comprado por dinero a cualquier extranjero”. La tradición se ha

sus hijos en atención a su bienestar.

actualizado –como ocurre con tantas otras enseñanzas y mandatos contenidos en el Antiguo Testamento, cuya aplicación literal nos resulta hoy disparatada– mediante una relectura en la que, por mor de la abolición universal de la esclavitud, el segundo inciso se tiene por no puesto. Pues bien, en esa misma línea hay quien ha sostenido que una interpretación aún más fiel del significado de la alianza debiera eliminar del todo la práctica sobre los menores pues el sentido de circuncidarse, tal y como hizo originalmente Abraham cuando contaba 99 años, es ofrecer un sacrificio consciente, cosa que sólo los adultos pueden realmente hacer⁵⁷.

⁵⁷ Así, la filósofa judía Jean Kazez, “Religious Circumcision”, publicado el 12 de julio de 2012 en su blog “Living colors”: <http://kazez.blogspot.com.es/2012/07/religious-circumcision.html> (última visita el 30 de abril de 2014). Los intactivistas también proceden, por lo tanto, de las filas de la comunidad judía. Véase, por todos, <http://www.jewsagainstcircumcision.org> (última visita 30 de abril de 2014).

CONFLICTOS DE CONCIENCIA ANTE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Antonio Pérez Miras

*Profesor Asociado Colaborador Área de Derecho constitucional
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas*

SUMARIO: 1. **Premisa;** 2. **Régimen jurídico aplicable:** 2.1. De los trasplantes de órganos; 2.2. De la objeción de conciencia; 3. **Libertad religiosa y trasplantes de órganos:** 3.1. Un binomio poco frecuente; 3.2. La postura de las confesiones religiosas ante los trasplantes de órganos; 4. **Supuestos de conflicto:** 4.1. Desde el punto de vista del donante; 4.2. Desde el punto de vista del receptor; 5. **Reflexiones finales a modo de conclusión.**

RESUMEN

El presente artículo aborda los posibles conflictos que pueden producirse en el ámbito de los trasplantes de órganos en relación a supuestos conflictos de conciencia que pudieran darse tanto desde la perspectiva del donante como del receptor, para lo que se van a analizar tres casos de estudio con las siguientes problemáticas: la no autorización por parte de un juez de la donación de un marroquí fallecido en accidente en España por presumir un conflicto entre la donación y la religión musulmana; la no aceptación de órgano proveniente de persona conocida en sentido amplio; los xenotrasplantes.

PALABRAS CLAVE

Objeción de conciencia; trasplantes de órganos; donación de órganos; donante de órganos; receptor; xenotrasplantes.

ABSTRACT

This article discusses the potential conflicts that can occur in the field of organ transplantation in relation to conflicts of conscience that may arise both from the perspective of the donor and the recipient. It is going to be analyzed three case studies with the following problems: non-authorization of a judge of the organ donation from a Moroccan who died in accident in Spain because of the assumption of a conflict between the donation and the Muslim religion; the rejection of organ from someone known; xenotransplantation.

KEYWORDS

Conscientious objection; organ transplantation; organ donation; organ donor; recipient; xenotransplantation.

1. PREMISA

Los avances en medicina ponen al jurista ante nuevos interrogantes que deben resolverse en el marco coherente del ordenamiento jurídico. Los trasplantes de órganos, sin duda, representan uno de los mayores logros quirúrgicos del siglo XX pues se conseguía la realización de un anhelado método para salvar vidas, intuida desde antiguo, como es la sustitución de órganos vitales¹ de pacientes graves por otros que reemplacen al fallido y mejoren en consecuencia la calidad de vida del enfermo. Pero no sólo la idea de trasplante se circunscribe a dichos órganos sino que conforme avanza la ciencia se amplía también a determinados tejidos² que igualmente van a incidir en esa mayor salud del enfermo tratado.

El gran problema al que se enfrenta la técnica de los trasplantes no es una cuestión ética o jurídica, sino que se trata de un impedimento fáctico: la escasez de órganos y tejidos disponibles ante un, cada vez, mayor número de pacientes que esperan un trasplante que mejore sus expectativas y condiciones de vida. Incluso en España, que goza de un prestigioso y reconocido sistema de trasplantes en el marco del Sistema Nacional de Salud, la escasez de órganos aptos para ser trasplantados en pacientes necesitados es el gran reto al que se enfrenta la Organización Nacional de Trasplantes³ (en adelante, ONT), cuya experiencia y éxito en la coordinación y en el máximo aprovechamiento de los órganos disponibles han hecho que a nivel mundial se conozca dicho sistema como modelo español, que ha sido incluso recomendado por la OMS y por el Consejo de Europa.

El trasplante de órganos se ha manifestado como una técnica idónea para el tratamiento médico en determinadas circunstancias. No podemos olvidar que el primer trasplante con éxito se realizó el 23

1 Piénsese en órganos tales como el corazón, el riñón o el hígado.

2 Entre los mismos podemos incluir la córnea, globos oculares, huesos, ligamentos, válvulas cardíacas y segmentos vasculares.

3 La ONT es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad encargado de coordinar la gestión de los trasplantes dentro de España, en colaboración con las CCAA, así como el intercambio internacional, y de fomentar las políticas y la educación que favorezcan los trasplantes y, en general, la donación de órganos. Realiza, por tanto, las competencias correspondientes a dicho Ministerio en lo que a trasplantes se refiere (art. 27 RD 1723/2012). Se regula jurídicamente por su Estatuto aprobado por el RD 1825/2009, de 27 de noviembre (BOE núm. 287, de 28 de noviembre de 2009). Como reconocimiento a su extraordinaria labor, en 2010 se le concedió el Premio Príncipe de Asturias a la Cooperación Internacional.

de diciembre de 1954 en EEUU⁴, tan solo hace casi 60 años, poco tiempo en realidad, pero que ha convertido en rutinaria una práctica revolucionaria que ha salvado muchas vidas sin esperanzas, en su momento, de tratamientos alternativos. No por ello está exento de algunos cuestionamientos éticos y morales, aunque parece que en general en nuestro entorno cultural no causa rechazo *a priori* la utilización de un órgano ajeno para salvar la vida enferma.

El presente trabajo va a tratar de poner de relieve algunas problemáticas que pueden darse al respecto; pero bien es cierto que no existe ni una regularidad de hechos que conmuevan los cimientos del sistema, ni posibilidades reales actuales para que se cambie el enfoque en el tratamiento de la necesidad de sustitución de órganos y tejidos dañados por otros que suplan sus funciones. Dejemos en este sentido aparte los posibles mecanismos artificiales que puedan inventarse y crearse para la sustitución de órganos biológicos, así como los remedios mecánicos sustitutivos como es, por ejemplo, el tratamiento de sustitución renal (diálisis). Salvo por algunas desafortunadas anécdotas, como veremos más adelante, en nuestro ámbito cultural no existe un impedimento ético ni moral que ponga en duda las grandes ventajas que supone para un enfermo recibir un órgano de otro ser humano, ya sea de donante vivo o fallecido; antes al contrario, es visto como un gesto de altruismo y solidaridad muy apreciado por la sociedad, y muestra de ello es el aumento de donaciones que a lo largo de los años se ha ido paulatinamente produciendo, conforme se va tomando conciencia de la importancia que la donación implica, primero, para salvar vidas, y segundo, como pilar de un modelo exitoso⁵.

En consecuencia, no nos cabe duda de las bondades que la donación implica, los beneficios que la recepción de órganos comporta y la aceptación común por parte de nuestra sociedad de esta práctica

4 Se trató de un trasplante de riñón entre gemelos univitelinos. Hubo que esperar hasta 1967 para el primer trasplante de corazón y hasta 1978, con la aparición de la ciclosporina, para el control del rechazo agudo. Una introducción más amplia al respecto puede verse en MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *El trasplante de órganos y tejidos humanos. Un reto jurídico y ético para el siglo XXI*, Berriozar, Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra Gráfica Ediciones, 2005, p. 11 ss.

5 Según los últimos datos disponibles relativos al año 2013, en España ha habido 35,12 donantes por millón de población (p.m.p.), con 1.655 donantes y 4.279 trasplantes, manteniéndose en el liderazgo mundial desde hace 22 años.

Puede consultarse *online* en (última consulta el 4/05/2014) <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/13%20ENE%2014%20NP%20Balance%202013.pdf>

dentro de las prestaciones sanitarias del Sistema de Salud. Ello no obsta, en cambio, para que queden espacios en los que puedan ocurrir algunos conflictos concernientes a los trasplantes de órganos. Es bien cierto que en España no se ha producido hasta el momento, con cierta trascendencia social, una situación sobre objeciones de conciencia a realizar trasplantes o a recibir determinados órganos o tejidos; no se trata de un tema mediático ni es algo a lo que la doctrina haya prestado especial interés (sin duda por la falta de relaciones fácticas y pronunciamientos jurisprudenciales). A diferencia de un sector similar, el de las transfusiones de sangre, donde la polémica ha llegado incluso al Tribunal Constitucional en amparo, lo que conocemos de los trasplantes por los medios de comunicación son datos estadísticos, avances y hazañas médicos, así como llamadas a la colaboración ciudadana, y por parte de la doctrina, estudios relativos al régimen jurídico que ha permitido, posibilitado, el éxito del modelo español⁶.

No es tampoco de extrañar que en algún momento pueda producirse algún conflicto al respecto, pues como señalan Navarro-Valls y Martínez-Torrón, estamos ante un “*big bang* de objeciones de conciencia”⁷, un aumento de casos y circunstancias en que se producen colisiones entre el imperativo de la norma jurídica y el dictado de la norma moral interna.

La objeción de conciencia se encuentra amparada en nuestro ordenamiento, a nivel constitucional como europeo, sobre la base de la libertad ideológica y religiosa. Bien es cierto que tradicionalmente este instituto estaba ligado a las creencias religiosas profesadas en una determinada sociedad, pero desde el momento en que las sociedades han dejado de ser aparentemente uniformes, conformándose un espacio

multicultural donde las conciencias individuales interactúan en libertad (ideológica y religiosa), hoy es posible basar la objeción en el grave conflicto interior que el cumplimiento de una norma implica para la coherencia ética individual. El objetor sería pues un cumplidor habitual del Derecho que en un determinado momento necesita una dispensación del rigor jurídico porque se ve afectado su derecho fundamental de credo y a la conciencia individual. De esta manera estamos ante un contexto de colisión de derechos, de enfrentamiento de diversos intereses⁸. En tal sentido, podemos seguir el concepto amplio de objeción que proponen los Profesores Navarro-Valls y Martínez-Torrón como “el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa)”⁹.

Sentadas estas bases, vamos a estudiar en los apartados siguientes algunas situaciones, más hipotéticas que reales y actuales, y sin ánimo exhaustivo, en las que podrían darse conflictos de conciencia para el caso de trasplantes de órganos. Para ello empezaremos con una introducción general sobre el régimen jurídico aplicable (§ 2) y los posibles espacios de conflicto entre la libertad religiosa y los trasplantes (§ 3) para pasar posteriormente a analizar tres supuestos que se encuadran en la *relación* donante – receptor (§ 4), dejando, por tanto, la óptica del profesional sanitario, y así acabar finalmente con unas reflexiones finales a modo de conclusión (§ 5).

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

2.1. De la donación y trasplantes de órganos

Es imposible abordar en estas páginas toda la problemática y riqueza normativa que sustenta el

6 Una legislación adecuada se considera parte del éxito del modelo, como se reconoce desde la propia ONT donde el enfoque multidisciplinar con el que se aborda el tema de los trasplantes encuentra en la Ciencia Jurídica un sustento de principios y reglamentaciones que hacen viable, y coherente, este sistema basado en la solidaridad y el altruismo. Dicho enfoque multidisciplinar puede consultarse en <http://www.on.es/home/Paginas/Enqueconsiste.aspx> (última consulta el 04/05/2014)

7 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2012, p. 29 ss. Señalan estos autores que “[varias] son las causas de esta especie de *big bang* de la objeción de conciencia. De un lado la crisis del positivismo legalista, que parte del supuesto de que las determinaciones jurídicas contenidas en las leyes agotan prácticamente el contenido ideal de la justicia. De otro, el valor de las motivaciones que subyacen en los comportamientos de objeción a la ley, disímiles de las que conducen a la simple y pura transgresión de la norma fundada en el simple egoísmo.” (p. 30)

8 En este sentido, NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 38-39.

9 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 37. Continúan diciendo que “todavía más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas – no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético.”

mejor modelo de organización de trasplantes del mundo con lo que vamos a hacer una breve referencia a su configuración y las principales normas que queremos resaltar para la mejor comprensión de los casos específicos que abordaremos a continuación¹⁰.

A nivel internacional, hay que tener en cuenta el Convenio de Oviedo de 1997 (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina) así como su Protocolo Adicional sobre Trasplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002.

La base legal en esta materia la encontramos en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos¹¹, reformada únicamente en sus arts. 4 y 6 por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹². Esta Ley 30/1979, si bien es corta en sus formulaciones (7 artículos), resulta decisiva para el establecimiento de los requisitos que posteriormente se van a desarrollar por vía reglamentaria; especialmente importante es su art. 2 en el que se asientan los principios caracterizadores del modelo:

“No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.”

Se recoge aquí por tanto los principios de gratuidad, altruismo y solidaridad que marcan la configuración de todo el sistema. Para comprender una regulación más detallada de los trasplantes se hace necesario acudir a los decretos de desarrollo. En tal sentido, tenemos que diferenciar si se trata de órganos o tejidos, aunque en ambos casos vamos a estar ante regulaciones completas y adecuadas para el buen funcionamiento del sistema.

Por un lado tenemos 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 seguridad¹³, con el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante¹⁴. Este Real Decreto define el trasplante como el “proceso destinado a restaurar determinadas funciones del cuerpo humano mediante la sustitución de un órgano enfermo, o su función, por otro procedente de un donante vivo o de un donante fallecido” (art. 3.25) y define el órgano como “aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Son, en este sentido, órganos: los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos. Se considera asimismo órgano, la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización. A efectos de este Real Decreto, también se consideran órganos los tejidos compuestos vascularizados.” (art. 3.19).

En su capítulo II, del respeto y protección al donante y al receptor, (arts. 4 a 7) se reiteran y concretan los principios vistos hasta el momento, que quedan configurados en los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, la selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores se regirán por el principio de equidad y se adoptarán medidas de seguridad y calidad a la vez que se busca mejorar la eficiencia del proceso de obtención y trasplante de órganos.

En términos similares se expresa el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos¹⁵, que transpone la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas

10 Me permito remitir para una visión más completa a PUNZÓN MORALEDA, Jesús, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco: “Regulación jurídica administrativa de la donación y trasplantes de órganos”, en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 867-902.

11 BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

12 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

13 BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

14 DOUE núm. 207, de 6 de agosto de 2010.

15 BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 2006.

de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos¹⁶, así como la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos¹⁷.

Tanto la Ley como estos Reales Decretos distinguen entre donante vivo y donante fallecido. Esta distinción resulta muy importante en especial en lo que a consentimiento se refiere.

Por donante vivo se entiende toda persona viva de la que se pretende obtener aquellos órganos, o parte de los mismos, cuya obtención sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura (art. 3.14 RD 1723/2012). Según el art. 4 de la Ley y el art. 8 RD, el donante vivo debe ser mayor de edad y con plenas facultades mentales debe recibir información necesaria para comprender la trascendencia del acto y poder consentir consecuentemente. Se prohíbe expresamente a los enfermos mentales, con defectos psíquicos y a los menores de edad, aun con el consentimiento de los padres. (En sentido similar se expresa el art. 7 RD 1301/2006 para los tejidos).

Por donante fallecido se entiende toda persona difunta de la que se pretende obtener órganos para su ulterior trasplante y que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición (art. 3.13 RD 1723/2012)¹⁸. Existe por tanto una presunción *iuris tantum* de que

todos somos donantes de órganos salvo que manifiestemos lo contrario (también *ex art.* 5.2 Ley 30/1972). En este supuesto los menores de edad e incapacitados también serán donantes salvo que su oposición sea manifestada por sus representantes legales (art. 9 RD 1723/2012). Esta presunción no obsta en todos los casos la necesidad de recabar en cierto modo el *consentimiento* de los familiares, o en su defecto del juez¹⁹, para que efectivamente se le puedan extraer los órganos, y ello si no existen instrucciones previas²⁰ en las que se haya producido una manifestación de voluntad al respecto para el momento de la muerte, o que el representante allí designado sea el que deba de tomar semejante decisión. Por ello, bien sea mediante un consentimiento prospectivo o mediante consentimiento presunto por representación, me parece que se diluye la presunción positiva a favor de la donación que marca la normativa específica de trasplantes. Se debe también señalar que cabe hacer manifestaciones en contrario para todos o sólo para algunos órganos. (En sentido similar se expresa el art. 8 RD 1301/2006 para los tejidos).

Otro sujeto fundamental en esta relación es el receptor del órgano, sin tener en cuenta ahora ni los centros hospitalarios ni los cirujanos que efectivamente

comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido:

1. Investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente.

2. Examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.”

19 Según el art. 5.3 Ley 30/1979: “Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.”

20 Art. 11.1 Ley 41/2002: “Por el documento de instrucciones previas, 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. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.” También habrá que estar a la legislación autonómica sobre el particular.

16 DOUE núm. 102, de 7 de abril de 2004.

17 DOUE núm. 38 de 9 de febrero de 2006.

18 El art. 9 RD 1723/2012 establece los requisitos para el donante fallecido. En concreto su apartado primero dispone: “La obtención de órganos de donantes fallecidos con fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen los requisitos siguientes:

a. Que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada.

En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b. Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes

van a intervenir en la obtención y trasplante de órganos y tejidos. El receptor, como paciente que recibe un tratamiento o que autoriza una intervención, deberá prestar el consentimiento informado por escrito (ex art. 8 Ley 41/2002) lo que expresamente se prevé en el art 17 RD 1723/2012. En la Ley 30/1979 no se le dedica ningún artículo, pero indirectamente se garantiza el anonimato del receptor (ex art. 4.d.)

2.2. De la objeción de conciencia.

Como ya hemos visto *supra*, la objeción de conciencia tiene su base jurídica en la libertad ideológica y religiosa. Esta libertad se recoge desde los Textos internacionales²¹ sobre derechos humanos hasta nuestra Carta Fundamental. Se trata de un *prius* necesario para el ejercicio de los demás derechos fundamentales²². Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la libertad ideológica nos permite “adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”²³. De este modo, esa *posición intelectual ante la vida*, esa libertad de conciencia, es la base sobre la que se asienta la posibilidad de objetar el cumplimiento de una norma jurídica. En cambio no supone un principio de autodeterminación absoluto que nos permita una aleatoria posición de sujeción a la norma por una mera voluntad caprichosa y, por tanto, sin que podamos extraer del mismo un derecho general a la objeción de conciencia que se traduzca en una autoexención del cumplimiento de la norma²⁴.

En nuestro ordenamiento, la acogida de la objeción de conciencia ha tenido diversas fuentes. De

21 Así se contempla en el art. 18 DUDH, el art. 18 PIDCP y art. 9 CEDH.

22 Como bien señala PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed. revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 289: “La libertad ideológica nos permite construir nuestra voluntad de manera autónoma, sin injerencias externas no consentidas. Pero una vez que la hemos formado y la exteriorizamos, ya no es la libertad ideológica sino otra libertad u otro derecho el que estamos ejerciendo. La exteriorización de la libertad ideológica sólo puede hacerse a través del ejercicio de otros derechos.”

23 STC 190/1990, FJ 10. Además, en una sentencia un poco anterior el Tribunal afirma que “[sin] la libertad ideológica [...] no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugna en el art. 1.1 [CE]” (STC 20/1990, FJ 3).

24 Vid. STC 161/1987, que establece que un genérico derecho a la objeción de conciencia no cabe en el Ordenamiento pues equivaldría a la negación misma del Estado aunque ello no obsta para que excepcionalmente se reconozca tal prerrogativa por ley para un caso concreto.

manera expresa, y en un sentido tradicional y clásico de la figura jurídica, la Constitución la prevé para las obligaciones militares recogidas en el art. 30 CE²⁵. Sin embargo el germen constitucional de la objeción de conciencia debemos buscarlo, como hemos dicho hasta el momento, en el art. 16 CE que dispone:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

Como observamos en dicho artículo no se menciona la posibilidad de acudir a la objeción de conciencia y es por ello que juega siempre su referencia al art. 30.2 CE. Sin embargo, su reconocimiento en el ámbito sanitario se deduce de la STC 53/1985 (FJ 14) que ha establecido meridianamente que “[la] objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 CE y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”²⁶.

Dentro del ordenamiento normativo, la objeción de conciencia tiene expreso reconocimiento en el art. 10.2 CDFUE²⁷:

25 Para el caso que aquí nos interesa, debemos recalcar que la objeción de conciencia prevista en el art. 30.2 CE para el servicio militar tiene unas características muy especiales que, a pesar de la importancia tradicional que ha tenido en los últimos tiempos no es el paradigma a seguir para el tratamiento general de la objeción de conciencia (cfr. NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 81 ss), además de haberse sustentado normativa y jurisprudencialmente de manera específica con problemáticas concretas (vid. SSTC 160/1987 y 321/1994). Como bien hacen notar estos Autores (Ídem, p. 81) la importancia de la objeción de conciencia militar radica en ser la primera regulada legislativamente pero evidencian ejemplos antiguos en los que los conflictos de conciencia estaban ya presentes.

26 Para un análisis más en profundidad sobre esta problemática me remito a SÁNCHEZ-CARO, Javier: “La objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 20, núm. 2, 2010, p. 49-64.

27 Este apartado segundo se encuentra dentro del artículo

“Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

Tras un arranque dubitativo sobre el valor de la Carta, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la denominada Carta de Niza se ha incorporado al Derecho de la Unión y forma ya por tanto parte de nuestro acervo jurídico²⁸. Puede entonces surgirnos la duda sobre el alcance del límite del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por parte de las leyes nacionales, especialmente cuando hemos ido viendo hasta el momento la situación expansiva en que se encuentra el reconocimiento a la objeciones de conciencia hace que la solución de las posibles colisiones se diriman mejor por vía jurisprudencial, pues casi resultaría inabarcable prever la infinidad de objeciones *secundum legem* que pueden llegar a plantearse en una sociedad plural. Es decir, no está supeditando la existencia de tal derecho a que exista una *interpositio legislatoris* nacional con previsión expresa de casos tasados, aunque es indudable que la garantía que proporciona un desarrollo legal hace deseable su existencia, en especial para una correcta actuación de los operadores jurídicos. En este sentido, la expresión “de acuerdo con las leyes nacionales”, como afirman Navarro-Valls y Martínez-Torrón, “contendría [...] una referencia a que los legisladores nacionales son los naturalmente competentes para establecer límites apropiados al derecho de objeción, que ha de interpretarse, además, en el sentido de que esa ‘regulación’ de la objeción nunca podrá entenderse como ‘negación’ de la misma”²⁹. En este punto debemos también recordar las palabras de nuestro Alto Tribunal, que en la ya mencionada STC 53/1985 estableció que el “derecho a la objeción de conciencia [...] existe y puede ser ejercitado con independencia de que se haya dictado o no su regulación.” Con lo que, el art. 10.2 CDFUE no ha modificado el tratamiento jurídico que desde los años 80 se ha aplicado en España, si bien hay que reconocer el innegable refuerzo normativo que ha supuesto dicho precepto para la garantía de la objeción de conciencia como derecho propio.

dedicado en la Carta al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión proclamado en su apartado primero, con lo que no pueden ya caber dudas del fundamento y relación de la objeción de conciencia con la libertad de conciencia.

28 Véase al respecto SARRIÓN ESTEVE, Joaquín: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento con valor jurídico de tratado”, en PÉREZ ZAFRILLA, P., SARRIÓN ESTEVE, J., BENLLOCH DOMÈNECH, C. (coords.): *Construyendo ciudadanía: teoría y praxis*, Granada, Comares, 2011, p. 181-198

29 NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *op. cit.*, p. 50.

3. LIBERTAD RELIGIOSA Y TRASPLANTES DE ÓRGANOS.

3.1. Un binomio poco frecuente.

Vistos someramente los regímenes jurídicos aplicables a los dos objetos principales de estudio en este trabajo, toca ahora realizar una serie de supuestos, supuestos en los que podamos encontrar, o clarificar, posibles colisiones que puedan darse en el ámbito médico de los trasplantes de órganos. A diferencia de otras actividades sanitarias, pensemos en el aborto o las transfusiones de sangres, casos típicos –y paradigmáticos– de los estudios académicos, en principio los trasplantes de órganos no han representado un campo relevante, especialmente por la falta de supuestos de hecho, que haya merecido la atención de la doctrina. Muchos estudios se pueden encontrar que aborden estos dos grandes temas, pero no así ninguno, al menos con los medios a nuestro alcance, en el que tratan problemáticas concretas de estos ámbitos.

Ello no obsta, en consecuencia, que en las páginas que siguen vayamos a presentar una serie de supuestos, más o menos hipotéticos, en el que consideramos que en tiempo presente o futuro pueden llegar a existir un conflicto moral, especialmente a la hora de ser receptor –necesitado– de un órgano.

Es evidente que la creencia religiosa va a influir en nuestro juicio interno. Sin duda para ser donante se ha tenido que realizar ese juicio de conciencia. Y no sólo nos referimos al donante vivo sino al donante que en vida decide, se pone a pensar, sobre el destino de su cuerpo una vez acaecida la muerte. En esto consiste la labor educacional que a través de la ONT se lleva a cabo para promocionar la cultura de la donación, que implica que nos vayamos manifestando sobre nuestra disposición a ser donantes si una trágica y repentina desgracia cortara el trascurso esperado de la vida para que las personas que tengan que tomar esa decisión ante nuestra falta sepan fehacientemente cuál habría sido nuestra intención. En estas situaciones es donde mejor se entiende la importancia de las instrucciones previas, porque quién mejor que uno mismo para decidir sobre su propio destino, aunque sea cadáver, evitando así también a los familiares en su sufrimiento tener que acordarse de si alguna vez el fallecido habló o no sobre si quería o no ser donante de órganos.

Todo esto desde la perspectiva del donante, pero no podemos perder el enfoque del receptor. Parece

que toda persona acepta sin problemas el hecho de llevar dentro de su cuerpo un órgano ajeno, y ello sin duda, se debe a la consideración del trasplante como el tratamiento necesario con el que se va a recuperar la salud que sentimos perdida. Veremos en los casos siguientes algunos supuestos en los que es el receptor al que le cabrá realizar un juicio ético y las consecuencias que se pueden derivar del mismo.

3.2. La postura de las confesiones religiosas ante los trasplantes de órganos

La mayoría de las religiones presentes en España aceptan los trasplantes de órganos. Empecemos por las confesiones que tienen Acuerdos con el Estado, si bien en los mismos no se hace referencia a este tema.

Dentro de las confesiones cristianas, la Iglesia Católica es favorable a los trasplantes de órganos pues se trata de un tratamiento apto con su moral³⁰. Sin duda los postulados de caridad y fraternidad de esta religión casan con los principios sobre los que se basa nuestro modelo de trasplante. Por lo tanto, en los países de mayoría cristiana se alienta la donación y se facilita la cultura del trasplante. Las otras Iglesias cristianas abogan por que cada individuo decida en conciencia la decisión de ser o no donante, con lo que lo dejan a la elección individual sin mediatizar o impedir la toma de decisión.

La religión hebraica es asimismo favorable a la donación de órganos de acuerdo con la interpretación del Talmud: “Quien salva una vida salva el mundo”.

Esta idea también se recoge en el Corán, con lo que se interpreta igualmente que la religión musulmana es favorable a los trasplantes aunque es verdad que en determinados países no ha calado (o no se ha promocionado) la cultura de la donación de órganos, lo que explicaría entonces el mito de que los musulmanes se opondrían a los trasplantes. Mito, por tanto,

que debe combatirse, empezando con la enseñanza, difusión y explicación entre los propios musulmanes³¹.

En cuanto a religiones de presencia minoritaria en España, los Testigos de Jehová, en contra de lo que podríamos pensar por el tema de las transfusiones de sangre, sí aceptan tanto ser receptores como ser donantes siempre que no implique contacto con sangre. Para el budismo o el sintoísmo, en cambio, la donación de órganos no sería posible por el concepto que tienen sobre el proceso gradual de la muerte, que impediría por tanto la necesaria inmediatez con la que se debe actuar para la extracción sana del órgano, además de que en el caso de los budistas, sería incompatible además con su idea de la reencarnación.

En resumen, la mayoría de las creencias religiosas no presentan obstáculos ni para ser donante ni para ser receptor.

Cosa distinta, y por ello lo traemos a colación, es que la extracción del órgano se produzca tras la muerte encefálica o la muerte cardio respiratoria, pues en países como Israel su legislación determina que se debe certificar la muerte cardio respiratoria para que se pueda proceder a la extracción. Sin duda, la redefinición por parte de la Medicina del momento de la muerte ha resultado determinante para el aumento de órganos provenientes de cadáveres en óptimas condiciones ya que con la determinación de la muerte encefálica el corazón puede estar latiendo y, por tanto, los órganos no comienzan su degeneración. En este ámbito los tiempos son, nunca mejor dicho, vitales, y por ello es crucial la determinación que la Ciencia médica hace del momento de la muerte, aunque ello no esté exento de polémica³². En la actualidad se está siguiendo el criterio de la muerte encefálica con carácter general pero siempre habrá que atender al caso concreto.

30 “El trasplante de órganos es conforme a la ley moral si los daños y los riesgos físicos y psíquicos que padece el donante son proporcionales al bien que se busca para el destinatario. La donación de órganos después de la muerte es un acto noble y meritorio, que debe ser alentado como manifestación de solidaridad generosa. Es moralmente inadmisibles si el donante o sus legítimos representantes no han dado su explícito consentimiento. Además, no se puede admitir moralmente la mutilación que deja inválido, o provocar indirectamente la muerte, aunque se haga para retrasar la muerte de otras personas.” *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2296.

31 Estos esfuerzos educativos forman parte de la ONT en colaboración incluso con universidades. Así se entiende por ejemplo la celebración de jornadas y encuentros para informar y difundir la cultura de la donación. Así lo demuestran diversas noticias sobre este hecho, que específicamente para los musulmanes lo podemos consultar en <http://www.webislam.com/articulos/61338-el-islam-si-permite-la-donacion-de-organos-para-transplantes.html> (última consulta el 4/05/2014)

32 Para ver la evolución de esta materia y las críticas que caben al respecto me permito remitir a PUNZÓN MORALEDA, Jesús, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco: *op. cit.*, p. 870-872.

4. SUPUESTOS DE CONFLICTO

Vamos a seguir en la exposición de casos un criterio subjetivo de división de los mismos en función de que afecten al donante o al receptor del órgano, con indicaciones al profesional sanitario allí donde pueda también a entrar en colisión, pero no ha sido objeto de un tratamiento específico por entender que en este ámbito de los trasplantes es un medio activo a favor del tratamiento de trasplantes.

4.1. Desde el punto de vista del donante

Ya hemos apuntado que, en general, todo donante hace un ejercicio interno a la hora de decidir si desea o no ser donante de órganos, vivo o una vez haya fallecido. Obviamente no se puede obligar a nadie, sin entrar en la esfera del derecho penal, a que done sus órganos en vida (y menos aún quitarle la vida para que entre en juego la presunción de donación).

En este caso es irrelevante entonces el conflicto que pueda surgir en su fuero interno porque no está obligado por ninguna norma, y la presunción de donación para el caso de fallecimiento *es iuris tantum*, se puede romper con una manifestación de voluntad negativa en cualquier forma (verbal o escrita, solemne o no)³³ ya sea para todos o para algún órgano específico. Incluso diría que podría llegar a decidir que la donación se produjera sólo en el caso de que se realizare la determinación de la muerte cardio respiratoria, lo que solventaría, por ejemplo, dudas entre los hebraicos. Por seguridad jurídica lo óptimo es que se manifieste en instrucciones previas, como vimos en el art. 11 Ley 41/2002, la voluntad o negativa a donar todos o algún órgano concreto.

Recordemos que el donante vivo deberá prestar el consentimiento informado *ex art. 4 c. Ley 30/1979*³⁴. Sobre menores e incapaces me remito a

33 En contra, MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *El jurista ante el trasplante de órganos humanos. Régimen jurídico administrativo*, Granada: Fundación Luis Portero García, Editorial Universidad de Granada, 2006, p. 319-320. Para este Autor, “constancia expresa significa constancia por escrito. Esto es así, porque la única forma de dotar de validez a una manifestación hecha en vida por el difunto, es dejando constancia expresa de la misma por escrito.”

34 Según este artículo: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también

lo dicho *supra*. Luego en este caso estamos ante un supuesto de autodeterminación, que como ya hemos dicho implica obviamente el ejercicio de la libertad de conciencia.

En todo caso, hay un supuesto que desde la óptica del donante podemos analizar. Se trata de un caso real que sucedió en Granada en 2001. Por desgracia no ha sido posible encontrar en los buscadores habituales el Auto del Juzgado de Guardia de Granada que motiva la presente exposición. Por tanto, debemos advertir de que los datos que se van a ofrecer están basados en los que ha ofrecido la prensa, que se hace eco de una noticia servida por la Agencia EFE.

Los hechos son los siguientes, aunque los datos temporales son meramente informativos del caso real, pues nosotros nos vamos a referir al analizar la situación al derecho positivo actual. El inmigrante marroquí Mohamed A.B. fallece el 13 de julio de 2001 al desprenderse de los bajos de un camión, donde viajaba con la pretensión de introducirse ilegalmente en España. Los responsables sanitarios del Hospital Virgen de las Nieves de Granada siguen lo prescrito en el art. 5.3 L 30/1979 que ante la muerte en accidente necesitan de la autorización del Juez para extraer los órganos, además de la imposibilidad de cerciorarse de la voluntad del fallecido a través de familiares o de documentación que llevara encima (es de suponer que un inmigrante ilegal no lleva encima un carné de donante de órganos) *ex art. 9 RD 1723/2012*. El juez de guardia de Granada rechazado la petición de extracción de órganos de Mohamed A.B, recordemos, inmigrante marroquí, al considerar que el trasplante puede estar en colisión con la religión musulmana.

El auto del juez señala que la incompatibilidad del Islam con los trasplantes de órganos fue apuntada por la asesoría jurídica de la Embajada de Marruecos en España, a la que consultó el juzgado de guardia de Granada cuando recibió la solicitud del Hospital Virgen de las Nieves. El juez centra su reflexión jurídica en que los trasplantes caerían dentro de las normas civiles, que, a diferencia de las penales, no tienen por qué regir la vida de los extranjeros en España. Por

a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.” Sin lugar a dudas esta redacción ya sienta las bases del consentimiento informado como parte esencial de la *lex artis* que no se consagrará en nuestro ordenamiento hasta la Ley de Autonomía del Paciente (41/2002). De hecho, la redacción del art. 8.1.c) RD 1723/2012 ya se aproxima más a la terminología de la Ley de 2002, especialmente en lo que al término información se refiere.

eso, el Auto alude al artículo 9 del Código Civil para señalar que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Sobre este precepto, el juez de guardia de Granada concluye que la nacionalidad del fallecido, marroquí, hace presumir una creencia que puede estar en colisión con los aspectos humanos y anatómicos de los trasplantes por lo que acuerda no acceder a la solicitud realizada por el Hospital de la capital granadina para la extracción de órganos del fallecido³⁵.

Lo primero que queremos resaltar es que la decisión de aquel juez de guardia evitó salvar la vida a muchas personas que esperaban una oportunidad para recuperar su salud. Y con ello adelanto mi disconformidad a su decisión tanto en el fondo como en la forma.

Ninguna norma hemos encontrado que nos determine para ser donante la necesidad de ser nacional español, ciudadano europeo o siquiera extranjero residente legal en España; y ello porque, en el marco solidario e internacional en el que se encuadra la ONT, no tiene sentido ante la escasez y elevada demanda, que un cuerpo apto para la extracción de órganos no sea idóneo por una cuestión de *ley personal que viene determinada por la nacionalidad*. No es el Código Civil la norma encargada, por analogía, de reglamentar las donaciones de órganos, con las consecuencias que tienen sobre la propiedad, posesión, consentimiento, etc. Hemos visto en el apartado 2 que estamos ante un sistema público fuertemente regulado en el que la Administración tiene un papel preponderante, de hecho no hemos observado normas netamente privadas, pues hasta los consentimientos son requisitos *sine qua non* para proceder a la realización del tratamiento médico (extracción/trasplante) con lo que estamos ante un régimen jurídico administrativo³⁶.

En consecuencia, el posible donante se encuentra en territorio español, al no poder recabar el parecer de la familia, el juez es el que debe suplir, o mejor

35 Los hechos han sido elaborados sobre la base de las noticias que se recogen en los siguientes enlaces (última consulta el 4/05/2014):

http://elpais.com/diario/2001/07/17/sociedad/995320813_850215.html

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-17-07-2001/abc/Sociedad/un-juez-rechaza-la-extraccion-de-los-organos-de-un-marroqui_34989.html

<http://www.elmundo.es/elmundo/2001/07/16/sociedad/995283198.html>

<http://actualidad-juridica.vlex.es/vid/extraccion-cursada-nieves-transplante-104846>

36 En este sentido, MARINA RIOPÉREZ, Pablo: *op. cit.* (2006).

dicho, no enmendar la presunción general de *favor donationis* puesto que, como señala acertadamente Marina Riopérez para el caso en que no exista familia conocida y refiriéndose a la titularidad de los restos, si no hay constancia expresa de su oposición a la donación, habrá de acudir a la necesaria autorización judicial para poder extraer los órganos y/o tejidos, con lo que cabe “afirmar la titularidad de Estado sobre esos órganos y/o tejidos, pero condicionado el ejercicio de dicha titularidad a la preceptiva autorización judicial. Es, por así decirlo, como una titularidad incompleta, que necesita del concurso judicial para poder ser ejercitada.”³⁷ De aquí se deduce que el juez se extralimitó de sus funciones pues su deber de autorización debía perfeccionar la plena asunción de esos órganos y/o tejidos por parte del Estado, lo que hubiera supuesto que inmediatamente entraran en el circuito, reparto y búsqueda de receptores idóneos.

Aún más, se extralimitó porque basó su decisión en una presunción religiosa. No existe texto legal que nos diga que la nacionalidad implica la profesión de una fe determinada. Incluso en Estados teocráticos, desde nuestra perspectiva constitucional debemos pensar que toda persona individual es libre de pensamiento, de ideología y de religión. Un Estado confesional podrá obligar a su ciudadanía a seguir unos determinados ritos o cultos en sociedad pero jamás podrá adueñarse del pensamiento íntimo individual. Por lo tanto, la nacionalidad no es un criterio para la determinación de una opción personalísima, y en tal sentido la autorización del juez no puede suplir ese carácter personalísimo sino regirse por los dictados de la norma, de la que se deduce que, salvo que se obstaculizare la instrucción de un sumario, el juez debe conceder la autorización precisamente por la presunción sobre la que se sustenta el sistema.

Además del hecho de equiparar nacionalidad con religiosidad, se deja asimismo llevar por el mito y la costumbre. Es verdad que recaba información a la Embajada y que de esa información se produce el error. Como hemos visto, el Islam no prohíbe las donaciones ni trasplantes de órganos, por lo que hubiera bastado al juez, si verdaderamente dudaba, con solicitar su parecer a la Comisión Islámica de España, que es la que tiene el Acuerdo con el Estado español y sabrá mejor distinguir esas cuestiones religiosas a la luz de nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, estamos ante un caso en el que el conflicto entre la norma religiosa y la norma jurídica

37 *Ibidem*, p. 112.

fue resuelta por una Autoridad del Estado (aconfesional) a favor de la primacía de un falso precepto religioso frente al cumplimiento coherente del ordenamiento jurídico al caso particular; la *favor donatio-nis* decayó ante la falsada *favor religionis*.

4.2. Desde el punto de vista del receptor

En este apartado vamos a referirnos a algunos supuestos en los que consideramos que, de manera más clara que en el anterior, podamos estar ante conflictos pero desde la óptica del receptor del órgano. A este respecto debemos tener presente que el receptor es un enfermo con un fallo orgánico que necesita de su sustitución para mejorar su salud, cuando no garantizar su supervivencia. Para el paciente, recibir un órgano es una esperanza necesaria, una alegría consciente de la fuente de la desgracia y tristeza de otra persona en algún otro rincón del país. Es evidente que el ansia de curarse o mejorarse es un valor suficiente, que ponderado, supera las reticencias que supone el introducir en tu organismo una parte de otro, algo extraño que, sin duda, rompe el concepto mismo de integridad física. Aunque siguiendo la idea jurídica de la donación, una vez que se ha producido exitosamente el trasplante, el órgano o tejido trasplantado *se integra* en el cuerpo, se consuma la donación, y no cabría pensar que no se adquiere la titularidad del mismo³⁸.

Plantearse esta posición es una cuestión delicada porque las consecuencias que se pueden derivar de un rechazo de un órgano pueden llegar a la muerte. *Mutatis mutandis* estaríamos ante un supuesto de hecho similar a lo que ocurre con las transfusiones de sangre³⁹ y el rechazo que manifiestan los Testigos de Jehová a este tratamiento altamente indicado en situaciones vitales transcendentales. Entonces, vamos a tener que plantearnos si estaríamos ante verdaderas objeciones de conciencia o ante el rechazo de un tratamiento determinado, aun con pronóstico muy desfavorable, sobre la base del principio de autonomía del paciente.

Veamos primero los dos supuestos sobre los que creemos que cabría algún cuestionamiento: caso de órgano humano pero cuya procedencia nos puede resultar execrable; caso de órgano procedente de animal, y en concreto del cerdo.

38 En este sentido MARINA RIOPÉREZ: *op. cit.* (2006), p. 108

39 Según el art. 2.3.b RD 1723/2012 este régimen no es de aplicación a la sangre y sus derivados, con lo que debe entenderse el recurso a esta comparación a los elementos fácticos.

4.2.1. Negación de trasplante de órgano proveniente de persona conocida (en sentido amplio)

Lo primero que conviene aclarar para este supuesto es que no se trata de un caso de donación modal, esto es, la posibilidad de donar a / recibir de una persona determinada. Estaríamos más bien ante el supuesto de que podamos llegar a conocer la procedencia del órgano para el que nos han considerado apto. Y es cierto que esto sería hartamente difícil dado las garantías que existen a la confidencialidad y al anonimato tanto del receptor como del donante⁴⁰. La confidencialidad es una consecuencia del derecho a la intimidad y la protección de datos *ex art.* 18 CE. El anonimato, por su parte, es una de las claves de bóveda del modelo, dado que *despersonalizando* el órgano o tejido, *farmacologizándolo*, se consigue un doble propósito: 1) naturalizar, normalizar la idea de trasplantar órganos de un cuerpo, normalmente muerto a otro; 2) evitar el carácter lucrativo, de consecuencias indeseables y casi incontrolables, manteniendo el sistema en el marco de la solidaridad y del altruismo.

A priori, entonces, es bastante difícil imaginar que un receptor pueda saber de antemano la procedencia del órgano para el que estaba esperando. Pero si llegado el caso, por muy rocambolesca que pueda ser la manera de enterarse, el receptor podría objetar ese tratamiento de acuerdo con su libertad de conciencia. Pensemos, por ejemplo, en un receptor neonazi que se entera de que el corazón que espera procede de un homosexual judío; o en una señora que va a recibir el riñón del acosador que la violó en su adolescencia. Suponemos que con estos ejemplos el lector habrá quedado entendido del choque interior a que se puede colocar a esas personas. Pero tomemos aquí prestado también una noticia ocurrida en el medio televisivo, que nos puede ilustrar para contestarnos: la presentadora de televisión Mariló Montero, en su programa *La Mañana de La 1*, en RTVE, se hizo eco en su *magazine* de la noticia de que el ‘presunto asesino del Salobral’, como se conoció en los medios al presunto autor de dos homicidios en aquella pedanía de Albacete, había fallecido apenas unas

40 Según el art. 5 RD 1723/2012: “1. No podrá divulgarse información alguna que permita la identificación del donante y del receptor de órganos humanos. De este principio se exceptúan aquellos casos en que un individuo, de forma pública, libre y voluntaria, se identifique como donante o como receptor. Aun cuando dicho extremo ocurra, se deberá respetar lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Ni los donantes ni sus familiares podrán conocer la identidad del receptor o la de sus familiares y viceversa. Se evitará cualquier difusión de información que pueda relacionar directamente la obtención y el ulterior trasplante. [...]” En un sentido similar el RD 1301/2006 para los tejidos.

horas después de producirse los hechos execrables, y que sus órganos iban a ser donados. Aquí ya tenemos una primera manera de que algún paciente receptor o familiar suyo se enterara de la noticia al ver dicho programa y que en ese intervalo de tiempo pudiera sospechar, en consecuencia, de que el órgano que le iban a trasplantar era el de dicho homicida. Dejando también de lado el juicio *sumario* en el que la presentadora cayó así como en el alarmismo innecesario –aunque finalmente no fueron donados esos órganos, como señaló la propia ONT–, la presentadora no se resistió a lanzar dubitativamente en antena una serie de cuestiones y afirmaciones poco corroboradas; así, más o menos literal, se preguntaba si alguien querría recibir órganos de un asesino pues científicamente no se había demostrado que el alma del donante fallecido no se trasplantara junto al órgano donado (no es de extrañar que se provocara la reacción de la propia ONT negando tal extremo, que lo más que hace es confundir y no ayudar a normalizar en la sociedad la cultura de la donación/trasplantes). Para lo que más nos interesa, la presentadora expresó para finalizar su programa que ella no querría recibir el órgano de un tipo como aquél⁴¹.

La cuestión no es baladí, primero por el daño que se puede producir en el sistema al introducir miedo o temor en los potenciales donantes; segundo, porque efectivamente puede crear una situación de alteración de la conciencia interna que puede suponer en un caso concreto situaciones desagradables. Es de pensar que alguien que tiene, por fin, un elemento vital al que agarrarse, mentalizado como debe estar de la necesidad del trasplante como tratamiento médico indicado para la patología concreta, no va a retractarse en el último momento. Pero podría darse el caso, pues como se desprende de la normativa, el receptor debe prestar su consentimiento informado escrito (ex arts. 6 L 30/1979 y 17 RD 1723/2012), como para cualquier intervención quirúrgica, rigiendo también en esta normativa especial el art. 8 Ley 41/2002, que con carácter general establece en su apartado 5 que el consentimiento puede revocarse en cualquier momento por escrito.

Tenemos que recordar que el carácter anónimo de las donaciones, salvo casos específicos previstos, llevaría a muy inviable esta situación de hecho, pero ante manifestaciones en las que alguien se opusiera al tratamiento indicado sobre la base de su libertad

de conciencia, debemos afirmar que en realidad estaríamos ante un caso de rechazo de tratamiento, motivado por un hecho moral, pero en puridad legislativa, perfectamente posible. No por un paternalismo médico, sino porque es posible que el paciente se encuentre en una situación de miedo superable, con lo que primero que habría que intentar es calmar y explicar (nunca mentir), tanto el personal sanitario como en su caso la familia, nuevamente las ventajas e inconvenientes de llevar a cabo el trasplante, poner de manifiesto que la trazabilidad⁴² puede garantizar la idoneidad del órgano, pues se podría estar produciendo *error in re* que viciara ese consentimiento revocatorio o que impidiera prestarlo libremente (es decir, que se pensara que el órgano que iba a recibir es el que le produce superación emocional cuando en realidad es otro distinto). En definitiva, reconocido el derecho al paciente a rechazar el tratamiento esto no debe entenderse sino agotando todas las vías posibles, y más en los casos de escasez e inmediatez que conllevan los trasplantes de órganos. Aun así, en el marco de la libertad de autodeterminación, y siempre claro está que fuera mayor de edad, sería posible que al final un paciente rechazara el órgano para el que había sido idóneo. Al menos, el sistema prevé incidencias como estas y lógicamente se trataría de trasplantarlo urgentemente a otro receptor.

4.2.2. Negación de trasplante de órgano proveniente de animal

En este caso estamos ante un supuesto totalmente diferente. Hasta ahora nos hemos estado refiriendo a los alotrasplantes, aquellos realizados entre la misma especie, en este caso órgano humano a cuerpo humano. Pero la ciencia está avanzando, ante la necesidad acuciante de órganos trasplantables ante las bondades que los trasplantes han supuesto para la ciencia médica y la vida ordinaria de millones de personas. Es también verdad que este supuesto está aún en fase experimental y que incluso se duda si algún día será posible realizarlo con éxito. En mi opinión se abriría entonces un nuevo campo de conflictos, por diversos motivos, ante la idea de introducir un órgano animal dentro de nuestro cuerpo, lo que una vez más puede suponernos un trastorno insuperable. Veamos entonces los retos a los que nos someten los xenotrasplantes.

41 Puede consultarse la noticia, incluido el testimonio audiovisual en http://elpais.com/elpais/2012/10/24/gente/1351072210_071316.html (última consulta el 4/05/2014)

42 Dentro del capítulo de calidad y seguridad, el art. 22 RD 1723/2012 prevé un control de trazabilidad del órganos donado. En un sentido similar el art. 32 RD 1301/2006.

a) Marco conceptual, científico, religioso y normativo de los xenotrasplantes.

El xenotrasplante⁴³ es aquel que se realiza de una especie a otra distinta, en nuestro caso de un animal a un ser humano. Se ha llegado a practicar, sin éxito hasta el momento, en contadas ocasiones. Merece la pena resaltar que ya en los primeros años del siglo XX se intentaron una serie de trasplantes sin ningún éxito con animales donante muy alejados del ser humano en la escala filogenética. No es hasta 1964 cuando se realizan trasplantes renales con riñones provenientes de primates, al considerarse que estas especies son más idóneas por el mayor parentesco genético con el humano. Sin embargo, nunca se ha logrado una alta supervivencia.

Científicamente el xenotrasplante está resultando harto complicado y está lejos aún de que sea viable. En innegable que su éxito podría solucionar la carestía de órganos, aunque debemos tomar una serie de cautelas que vamos a tratar. Hay que tener en cuenta que existen barreras inmunológicas y diferencias fisiológicas y funcionales muy importantes. El rechazo hiperagudo del xenoinjerto es la principal traba. Además hay que tener en consideración otras cuestiones, como los animales de los que se van a extraer los órganos. No sin razón se ha pensado primeramente obtenerlos de primates, de hecho algún experimento se ha realizado también sin éxito, pero aunque estén cercanos al ser humano en la escala filogenética el uso de estos animales primates tienen en conjunto más inconvenientes que ventajas y ello porque la mayoría son animales en peligro de extinción, su cría en cautividad es complicada y la gestación de los mismos es larga y escasa (un nacimiento por embarazo), luego estamos ante una opción muy costosa. Es por ello que los experimentos se han derivado hacia el cerdo, que produce una gran camada en cada parto y que, aunque esté más alejado genéticamente, los expertos lo consideran apto. Sin embargo, tampoco se han conseguido grandes avances al respecto pues se siguen produciendo rechazos hiperagudos, lo que ha llevado a los investigadores

a crear cerdos modificados genéticamente de modo que introduciendo en los mismos genes humanos, se pudieran criar cerdos aptos para la obtención de órganos (cerdos transgénicos) que de tal manera ayudaría a evitar dicho rechazo hiperagudo. Aunque tampoco hay pruebas concluyentes al respecto. Pero sí hay un gran temor, la posibilidad de xeno-zoonosis, es decir, introducir entre los humanos enfermedades animales de consecuencias desconocidas e imprevisibles (pensemos por ejemplo en el terrible SIDA, que está demostrado que el contagio fue consecuencia del contacto entre humanos y monos).

Por lo tanto, las grandes problemáticas, y nada menores, a las que se enfrentan los xenotrasplantes son tres grandes bloques: 1) el problema del rechazo hiperagudo y la necesidad de modificar genéticamente el cerdo; 2) las consecuencias desconocidas para la salud pública por una posible xeno-zoonosis, que implica no sólo vigilancia constante, incluso con especial afectación a derechos y libertades fundamentales (pensemos en la libertad de movimientos) del paciente receptor sino además de la de su familia y entorno con el que se relacionara, que podrían quedar sometidos igualmente a un régimen restrictivo de libertades y derechos por razones de salud pública y precaución⁴⁴; 3) el uso de animales y sus *derechos*⁴⁵.

Las dudas, los grandes interrogantes sin resolver y especialmente la posibilidad de que una generalización de los xenotrasplantes pueda causar una pandemia por xeno-zoonosis, indica que debemos ser muy cautelosos en este tema. De hecho, en el seno del Consejo de Europa se ha tratado el tema de los xenotrasplantes con dos Recomendaciones al respecto: 1) la R (97) 15 relativa al xenotrasplante como “utilización de órganos vivos, de tejidos y/o células de animales modificados o no genéticamente con el fin de transportarlos a seres humanos”; 2) la R 1399/99 1 por la que la Asamblea Parlamentaria del Consejo pedía una moratoria inmediata y de carácter

43 Sigo aquí a MATESANZ, Rafael: “Xenotrasplante ¿del cero al infinito?”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 1-18; MÁÑEZ MENDILUCE, Rafael: “Xenotrasplante: los retos científicos”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 19-42; JORQUI AZOFRA, María: “Marco ético-jurídico para la regulación de los xenotrasplantes”, en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 903-938.

44 Sobre este principio de precaución véase TALLACCHINI, Mariachiara: “Los xenotrasplantes y el principio de precaución. Tendencia normativa europea e italiana”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 121-144.

45 Me abstengo aquí de examinar mis dudas, incluso de conciencia, sobre los pretendidos derechos de los animales, siendo consciente de la necesidad de la protección y del buen trato que se les debe prestar, además de conocer la existencia de Cartas internacionales al respecto. En todo caso remito al estudio de ENGELS, Eve Marie: “El estatuto moral de los animales en la discusión sobre el xenotrasplante”, en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 71-108.

jurídicamente vinculante de las experimentaciones clínicas por los motivos ya aducidos⁴⁶.

Sobre cuestiones éticas⁴⁷, hemos encontrado la postura de la Iglesia Católica que se muestra a favor de los mismos aun con ciertas precauciones y reservas, según la Pontificia Academia para la Vida (Informe de 26 de septiembre de 2001: "La perspectiva de los xenotrasplantes - aspectos científicos y consideraciones éticas"). Asimismo, el Papa Juan Pablo II en 2001 habló de las condiciones para la realización de trasplantes de órganos animales en humanos⁴⁸.

En cuanto al marco normativo⁴⁹, en España no existe un régimen jurídico específico para el xenotrasplante. De hecho lo que primeramente podemos afirmar es que de acuerdo con el art. 2.3.i) RD 1723/2012 están excluidos los xenotrasplantes de su ámbito jurídico luego no hay norma específica que se refiera a ellos. En general se les podría aplicar la normativa general sobre protección y garantía de los derechos vigentes en España tanto a nivel estatal como autonómico en el ámbito sanitario por analogía⁵⁰. Lo que sí existe en España es una Recomendación de la Subcomisión de Xenotrasplantes para la regulación de esas actividades en España, que prevé las principales cuestiones a las que nos hemos referido, pero obviamente no estamos ante norma jurídica.

46 Una vez más las decisiones tomadas a escala territorial demuestran una vez más la necesidad de abordar estos temas en el marco de la ONU. Por prensa digital hemos tenido constancia de que Australia en 2004 ha aprobado el uso de xenotrasplantes. Se puede consultar en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/565/809/> (última consulta el 4/05/2014)

47 Me remito a URRUELA MORA, ASIER, ROMEO CASABONA, Carlos María: "Los dilemas éticos del xenotrasplante", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 43-70

48 Puede consultarse la noticia en <http://www.zenit.org/es/articulos/condiciones-de-los-transplantes-de-organos-animales-al-hombre-segun-el-papa> (última consulta el 4/05/2014)

49 Vid. JORQUI, María: *op. cit.*

50 Sobre el ordenamiento español véase ROMEO CASABONA, Carlos María, URRUELA MORA, ASIER: "Aspectos jurídicos del xenotrasplante. La configuración de un marco jurídico para el xenotrasplante en el derecho español", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 145-205, que realizan un estudio con la normativa sectorial aplicable. Es interesante ver las 22 propuestas de regulación en diversos ámbitos que hacen estos Autores en "Propuestas sobre el régimen normativo del xenotrasplante en el derecho español", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 241-252.

En el ámbito internacional⁵¹ tampoco hay una regulación clara. Existen más bien recomendaciones por parte de los Organismos internacionales clásicos, si acaso *soft law* y en muchos casos más bien informes y estudios como los que realiza la OMS. Los Convenios clásicos en la materia, como podría ser el Convenio de Oviedo, no prevén un marco jurídico para el xenotrasplante, aunque es seguro que en el momento en que sea viable su utilización en masa se llegará a tal Convenio, aunque sería deseable que fuera a nivel mundial, especialmente porque las pandemias no entienden de fronteras.

b) Distintas opciones y posibles problemas ante los xenotrasplantes.

Resulta evidente que el uso de animales para crear *órganos transgénicos en serie*⁵² puede provocar un problema de conciencia pues no se nos puede escapar, por un lado, que estaríamos ante un tratamiento (necesario y vital cuando indicado) que implica que una parte de un animal entre dentro de nuestro cuerpo; y por otro, que ese animal ha tenido que ser modificado genéticamente, con lo que si ya hay grupos de población preocupados por la alimentación con transgénicos, no pensemos lo que implica que dentro de nosotros hubiera una parte de un animal al que se le han introducido genes humanos para evitar los riesgos ya conocidos. Además, tenemos que ser conscientes de los graves peligros que conlleva para la salud pública, lo que supone en un ámbito inmediato y familiar el condicionamiento de la vida de seres ajenos al problema médico; con lo que en el dilema ético entra en juego, además, la relación social más íntima, en cuanto que se verán afectados derechos de otros. Desde la Ciencia Jurídica es clara que la respuesta a tal dilema se soluciona con el consentimiento expreso de aceptación de tal situación de las personas queridas, pero aun así se nos estaría limitando nuestra libertad de interacción social y comunicativa. Este mismo hecho, la posibilidad de causar un mal mayor que lo que implica mi falta de salud, a personas cercanas o incluso al conjunto de la ciudadanía es indudable que remueve conciencias un

51 Véase PEREIRA DE MELO, Helena, SIMON, Jürgen: "Regulación del xenotrasplante a nivel internacional y supranacional", en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.): *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, Comares, 2002, p. 109-120.

52 Se entiende que deben producirse en condiciones de calidad, seguridad y eficacia, como si de un producto farmacéutico se tratara. Véase la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

poco preocupadas en el “otro”, con independencia de creencias religiosas.

Pero es que la problemática se agrava desde el momento en que las esperanzas de producir *órganos transgénicos en serie* se basan en el cerdo como animal de referencia, animal que en muchísimas culturas provoca un rechazo tal que incluso está fuera de su dieta, incluso mandado por preceptos religiosos. Pensemos aquí en judíos y musulmanes, por ejemplo, donde me parece evidente que en este caso podríamos estar en un supuesto similar al de los Testigos de Jehová y las transfusiones de sangre.

Surgen entonces una serie de cuestiones, que es verdad que no se vislumbran a corto plazo, pero que sin duda provocaría fuertes colisiones. Ya hemos visto cómo la mayoría de las religiones aceptan tanto la donación como los trasplantes de órganos. Luego ante un tratamiento médico indicado que determine la necesidad de trasplantar el órgano afectado, en principio la prestación del consentimiento informado no estaría afectada por una cuestión moral previa, más allá de las razones de autodeterminación que se le permite al paciente de acuerdo con su autonomía y circunstancias personales.

La gran pregunta es: ¿puede un musulmán objetar un trasplante proveniente de cerdo transgénico? ¿Implicaría que tuviera que rechazar el tratamiento con las fatales consecuencias que se podría derivar o que simplemente entraría en el cupo de trasplantes de órganos provenientes de humanos⁵³? ¿Supondría ello un mejor derecho, una discriminación por razón de ideología o religión, ante el supuesto de que los riesgos inherentes al trasplante proveniente del cerdo transgénico fueran aún mayores de los casos de órganos humanos?

Sin lugar a dudas, la resolución de estas preguntas como meras hipótesis, sin supuestos fácticos con la consiguiente riqueza de matices, es un poco complicada, pues a ello se une una falta de regulación específica, con lo que nos movemos en el campo de la indeterminación general y de la analogía. No creo que resulte necesario hacer un estudio del caso de las transfusiones de sangre para presentar la comparativa, ni toda relación histórica sobre la que se ha ido construyendo. Sí que abordaremos en el apartado

siguiente el tema de la diferencia que puede existir, en este caso del xenotrasplante y en el que vimos anteriormente, entre la objeción de conciencia y el *mero* rechazo de tratamiento.

Volviendo entonces a esos interrogantes, desde mi punto de vista, me parece que podríamos estar ante situaciones de discriminación. Lo que la evitaría sería que los riesgos de uno u otro tratamiento fueran equivalentes, me atrevería a decir casi idénticos para que una persona que aceptara el xenotrasplante no estuviera en peores condiciones de salud que alguien que, por motivos religiosos, nunca lo fuera a aceptar. Además de que esto nos podría llevar a un disparatado juego de prisionero a escala general por el que, aun sin problemas reales de conciencia, un paciente esperaría aún un intervalo de tiempo, si le fuera posible, para recibir el órgano humano. No podemos perder de vista que en este caso estaríamos casi ante un sistema de elección a la carta, con lo que las bondades descritas para los xenotrasplantes no alcanzarían la panacea. Hay que resaltar que en estos supuestos no podría ser de aplicación el anonimato del donante. El receptor, como parte de su derecho a la información previa al consentimiento, debería conocer con todo lujo de detalle la procedencia y trazabilidad de su futuro órgano, así como el alcance y consecuencias que debería soportar, como la posibilidad de convertirse en portador de una nueva enfermedad o variante en humanos.

Surgiría asimismo un problema grave si el tratamiento médicamente indicado se reduce al trasplante proveniente de cerdos transgénicos porque sería equivalente a desplazar a un amplio sector de la población de una práctica actualmente aceptada y querida.

Por último, en lo que a menores se refiere, siempre que puedan dar de manera clara y consciente su opinión al respecto, aun cuando tengan que ser los padres o tutores los que presten el consentimiento, deberá tenerse muy en cuenta su opinión, porque se puede dar la colisión entre el deseo de los padres a que su hijo sobreviva (relajándose entonces su imperativo ético conforme a la procedencia animal del órgano) y la voluntad formada del menor de no querer tener que vivir el resto de su vida con una parte de un cerdo transgénico dentro de su cuerpo.

4.2.3. ¿Conflicto de conciencia o rechazo de tratamiento?

Hemos visto ya los posibles conflictos que pueden darse desde el punto de vista del receptor, bien

⁵³ A mi entender, aunque algún día se consiguiera la producción de *órganos transgénicos en serie* no habría que renunciar con el sistema actual de extracción y trasplantes de órganos humanos, que en cualquier caso son más deseables que los de animales.

para alotrasplantes como para xenotrasplantes. En ambos casos nos hemos ido preguntando por la divisoria existente entre un conflicto de conciencia y el rechazo de tratamiento. Así de primeras, en el primer caso parecería que estamos ante un ciudadano virtuoso al que le surge una angustia vital en el momento de una elección transcendental que afecta a su integridad física y moral (y a su salud); en el segundo en cambio, parecería que estamos ante un ser amoral, sin principios, que es capaz de poner su vida en juego sin contar con otros intereses. Estos planteamientos deben ser rechazados pues lo único que hacen es desenfocar el estudio.

Por un lado, como ya hemos defendido, ante una colisión de derechos, derechos fundamentales, que provocan un conflicto ideológico y/o religioso que debe resolverse en conciencia de acuerdo con la autonomía de la voluntad⁵⁴. Este mismo principio es el sustento sobre el que se basa la posibilidad de rechazar un tratamiento. Y ello porque no ha habido una prestación de consentimiento informado. En este caso también ha habido una ponderación de intereses, que en este ámbito sanitario puede desembocar en la propia muerte. En este sentido es legítimo que una persona no quiera ser receptor de un órgano ajeno, da igual su procedencia, aunque ello le conduzca al irremediable final en este mundo.

Me inclino a pensar que desde el punto de vista del receptor estamos más bien ante supuestos reconducibles todos ellos al rechazo de tratamiento que ante una objeción de conciencia clásica. Obviamente en ambos supuestos estamos un conflicto de intereses que se resuelven, que solamente pueden resolverse, a nivel íntimo e interno. Es verdad que cabría un matiz conforme a la casuística presentada: en el caso de objeción de conciencia el impedimento no viene en la idea de hacer o no el trasplante, éste es aceptado y querido, el problema deviene cuando es la cosa, el órgano, lo que provoca el rechazo al tratamiento. Que jurídicamente el paciente receptor tiene la garantía de poder rechazar un tratamiento, no dando su consentimiento informado e incluso revocándolo

como hemos visto en el cualquier momento, y que es un cauce que da seguridad jurídica a las partes, no implica que no deba darse la fórmula en que se realice una *prestación sustitutoria*⁵⁵ pues caeríamos en el riesgo de provocar desde el sistema público una serie de discriminaciones no justificadas en ponderación de otros intereses en juego.

Por ende, hechas estas observaciones de matices, considero que, dada la preminencia y la importancia que tiene el consentimiento informado en la relación sanitaria, es aquí el instituto idóneo para tomar decisiones que afecten a la propia integridad aunque se vea afectada la salud. Además, el consentimiento informado es en este sentido también una garantía para hacer efectivo la disposición constitucional que nos protege de la obligación de declarar la ideología o creencia religiosa (art. 16.2 CE) con lo que no hace falta aducir tal conflicto interno para rechazar un tratamiento. Ahora bien, será necesario expresar el motivo cuando lo que queramos es ser dispensados de recibir el tratamiento de una manera determinada, que en este caso, en contra de lo que sucede con las transfusiones de sangre que se consideran el tratamiento médico indicado, aquí lo que se estaría pidiendo es una sustitución en la cosa que en sí nos provoca el rechazo. Diferente opción cabe entonces ver en el caso de órganos humanos que en el de órganos animales, pues en el primero sería más difícil conseguir la sustitución, mientras que en el segundo caso es más claro que se pueda rechazar dicho órgano transgénico producido en serie.

En cualquier caso, sea cualquiera de las dos posiciones, conflicto moral o por consentimiento informado, en todo caso estamos tratando con la parte más íntima de la personalidad en una especial situación de dependencia como es el ámbito sanitario, que afecta a la integridad física y moral (art. 15 CE) y que en consecuencia tendremos derecho a la protección de ambos derechos fundamentales incluso en vía de amparo.

5. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegado a este punto del trabajo, sólo me queda exponer una serie de consideraciones finales que recopilen lo visto hasta el momento. Hemos abordado dos temáticas bien distintas, por un lado, los conflictos de leyes y la objeción de conciencia y por otro

⁵⁴ Véase al respecto la posición de ROVIRA VIÑAS, Antonio: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Cizur Minor, Aranzadi, 2007. Así sostiene este Autor que “[la] justificación fundamental de un procedimiento como el consentimiento informado en el ámbito médico es la realización de la autonomía personal, de su autodeterminación frente a los tratamientos médicos, ya que la facultad de escoger, de decidir, de consentir o rechazar una intervención médica es una manifestación de los más fundamentales derechos.” Sobre la naturaleza constitucional del consentimiento informado véase también la STC 37/2011.

⁵⁵ No ha sido casual el empleo de esta terminología.

el apasionante mundo de los trasplantes de órganos. Sentadas las bases normativas hemos entrado a analizar una serie de supuestos hipotéticos de hecho que he considerado que de algún u otro modo podía ocasionar un conflicto de conciencia, pues apenas existen casos reales, con jurisprudencia asentada, que nos pudieran servir de referencia.

Aun así, los tres supuestos que hemos tratado se basan en hechos reales para los que hemos tenido que usar fuentes periodísticas pero también académicas, como ha sido más en el caso de los xenotrasplantes. Estos, junto con la posibilidad de rechazar un órgano de un donante por provocarnos un sentimiento execrable a partir de unas declaraciones por una presentadora de TVE, han conformado la óptica del receptor, que hemos reconducido, con matices, a la figura del consentimiento informado, que implica una vertiente negativa de rechazo de tratamiento (e incluso la posibilidad de revocarlo antes de la intervención). El otro enfoque ha sido desde la óptica del donante, para lo que nos hemos servido de un Auto del Juzgado de Guardia de Granada que no autoriza la extracción de órganos de un marroquí por presumir que su nacionalidad implica una profesión de fe, confundiendo, además, la práctica del Islam que no impide los trasplantes (cosa distinta es que aún no tengan cultura de ello). En mi opinión, el juez estaba obligado a prestar la autorización, con la que se hubieran salvado muchas más vidas, sobre la base de nuestros principios constitucionales y ante la ausencia de normativa que prohibiera a un extranjero ilegal ser donante si ha fallecido en territorio español.

Una de las partes más interesantes, también por ser la que podría llegar a ser una realidad común en el futuro, es el tema de los xenotrasplantes y todas las implicaciones que suponen, desde los desafíos médicos para conseguir la compatibilidad de los injertos; la gravedad que supone una xeno zoonosis para la salud pública; y la óptica de la protección de los animales, pues se necesitaría mutar genéticamente a los cerdos, el animal que se ha considerado óptimo a pesar de que es de sobra conocido el rechazo que determinadas culturas y religiones tienen hacia el mismo, lo que puede conducir en un futuro para grupos de población importantes como son los musulmanes en nuestro país. Quizás los costes de producción de *órganos transgénicos en serie*, y con riesgos elevados frente a los alotrasplantes (que obviamente también tienen un gran coste para el sistema) sea un factor importante también para el desarrollo de los xenotrasplantes. No puedo negar que es un tema fascinante pero que me provoca cierto rechazo la idea.

En todo caso, con este trabajo sólo ha habido una pretensión académica, por lo que no se me han dado las circunstancias para provocarme un conflicto interno (no es lo mismo pensarlo previamente que tomar la decisión), aunque habrá que ver el estado de la ciencia por dónde evoluciona en ese campo. De todas formas, los riesgos parecen tan elevados, especialmente la xeno zoonosis que no es de extrañar que se pidan moratorias internacionales para su desarrollo.

En conclusión, los conflictos de conciencia ante los trasplantes de órganos no presentan grandísimas problemáticas ni complicaciones pero aun así es un ámbito, que aunque dentro del ámbito sanitario, no sigue los mismos razonamientos del sector, aunque sí responde a aquel *big bang* que ha supuesto la sociedad multicultural en el marco de una democracia plural.

LA DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO

Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Abogada

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. **El Derecho a la salud. Perspectiva comparada:** a) España y los textos internacionales; b) La Unión Europea frente la modernización del modelo social; 2. **El gasto sanitario:** a) España en comparación; b) Algunas de las tendencias de los países de la Unión Europea en materia sanitaria; 3. **Algunas medidas llevadas a cabo en España para la contención del gasto público sanitario:** a) Del Copago en la Sanidad; b) La ruptura de la universalidad de la sanidad española y la asistencia sanitaria transfronteriza; 4. **Conclusiones.**

RESUMEN

La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud español está siendo cuestionada, habiéndose adoptado con motivo de la crisis económica, medidas que afectan a la estructura y a los pilares de nuestra sanidad, que es necesario revisar.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, copago, universalidad.

ABSTRACT

The sustainability of the Spanish National Health System is being questioned, it was adopted on the occasion of the economic crisis measures affecting the structure and the pillars of our health, it is necessary to review.

KEYWORDS

Right to health, copayment, universality.

1. EL DERECHO A LA SALUD. PERSPECTIVA COMPARADA

a) España y los textos internacionales

El artículo 43 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud como un derecho de los ciudadanos y uno de los principios rectores de la política social y económica, concretando que les compete a los poderes públicos “*organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*”, estableciendo la Ley los derechos y deberes de todos al respecto. Pero la ubicación del artículo 43 en el capítulo III del Título I de nuestra Constitución no le otorga la protección y garantías que ostentan los derechos fundamentales; solamente si reconducimos el derecho a la salud al derecho a la vida, a la

integridad física y moral (artículo 15 CE) podemos ofrecer en nuestro actual sistema constitucional y legal la máxima consideración que se merece.

El artículo 12 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció que “los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución”.

La crisis económica ha llevado a la adopción de medidas, tan drásticas como la modificación de la Constitución en su artículo 135. Se consolida con ello el principio de estabilidad presupuestaria y se establece que “*el Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros*”. Este mandato constitucional se ha desarrollado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con el sistema sanitario, entre otros, como punto de mira. Pero no es la única medida restrictiva llevada a cabo con la crisis económica como telón de fondo, como iremos desgranando en el presente trabajo.

Por su parte, son muchos los textos internacionales que reconocen expresamente el derecho a la salud y más allá, la asistencia sanitaria como el medio a través del cual se hace efectivo el derecho. Revisemos algunos de ellos, sin ánimo de ser exhaustivos, pero acogiéndonos a la definición de salud por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “un estado de completo bienestar físico, mental, social y no meramente la ausencia de enfermedad o debilidad”¹.

En primer lugar, la Declaración de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París², establece interesantes prescripciones aplicables al derecho a la protección de salud, empezando por el artículo 25.1 que especifica que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure tanto a él como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, se indica, entre otros, la asistencia médica

y los servicios sociales necesarios. Podemos relacionar este artículo con el artículo 3 que reconoce el derecho a la vida, íntimamente conectado con el derecho a la salud, y el artículo 2 de la misma Declaración que extiende los derechos y libertades de la misma a todas las personas sin distinción basada en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, tales como la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona.

En segundo lugar, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 17 de abril de 1977³, establece que, entre las medidas que se deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, figurarán las necesarias para:

- La reducción de la mortalidad infantil y la garantía del sano desarrollo de los niños.
- El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
- La creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de la salud.

Según la Observación general nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2000⁴, el derecho a la salud abarca cuatro elementos:

1. Disponibilidad. Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.
2. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos.

³ BOE de 30 de abril de 1977.

⁴ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general nº 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), 1946.

² Texto firmado por España el 4 de noviembre de 1950.

La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica (asequibilidad); acceso a la información.

3. Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.
4. Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones:

- Respetar. Significa simplemente no ingerir en el disfrute del derecho a la salud (“no perjudicar”).
- Proteger. Significa adoptar medidas para impedir que terceros (actores no estatales) interfieran en el disfrute del derecho a la salud (por ejemplo regulando la actividad de los actores no estatales).
- Cumplir. Significa adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud (por ejemplo, adoptando leyes, políticas o medidas presupuestarias apropiadas).

En tercer lugar, la Carta Social Europea, de Turín, 18 de octubre de 1961 del Consejo de Europa (Estrasburgo), ratificada por España el 29 de abril de 1980⁵. Ya en la Parte I del texto se establece que “*las partes contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes*”, por lo que a nuestro tema interesa:

- Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar. Desarrollado posteriormente como artículo 11 de la parte II del texto, como derecho a la protección de la salud⁶.
- Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica. Desarrollado como artículo 13 de la Parte II de la Carta⁷.

No podemos obviar la importancia efectiva de los textos internacionales incorporados al Derecho español, más aun teniendo en cuenta que el sector sanitario es una pieza clave en el Estado de bienestar, uno de los principales cauces de redistribución de la riqueza, y uno de los factores que contribuyen a la mejora de los indicadores de salud y calidad de vida.

5 BOE de 26 de junio de 1980.

6 Artículo 11. “*Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras*”.

7 Artículo 13. “*Derecho a la asistencia social y médica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar*”.



Observación general nº 14 del
Comité de Derechos Económicos, Sociales
y Culturales del año 2000

b) La Unión Europea frente la modernización del modelo social.

La Unión Europea tampoco ha permanecido al margen del derecho a la salud y la preocupación por la atención y el gasto de la asistencia sanitaria en los países miembros, aunque como veremos a continuación haya sido más de una manera subordinada a otros objetivos considerados prioritarios como el cambio demográfico y la lucha contra la pobreza. El artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es el marco donde se mueve la política sanitaria de la Unión, cuyo fundamento es que la salud humana esté bien protegida y sea tomada en consideración en otras políticas y actividades de la Unión.

Así, con la finalidad de modernizar los mercados laborales y los sistemas de protección social, combatir la pobreza y promover la igualdad de oportunidades, a fin de impulsar la prosperidad y la solidaridad social en la UE, salió a la luz en 2005 el “*Programa Social de la UE 2005-2010*”. Se destacaban en él dos prioridades:

- El empleo, abarcando temas como la movilidad profesional, las pensiones transferibles, más y mejores puestos de trabajo, la adaptación a nuevas formas de trabajo y la gestión de la reestructuración empresarial a través del diálogo social.
- La lucha contra la pobreza y la promoción de la igualdad de oportunidades con puntos clave como el tratamiento del cambio demográfico, la reforma de las pensiones y la asistencia sanitaria.

Puesto que todas las medidas previstas se habían adoptado a fecha 2005, la Comisión Europea lanzó en julio de 2008 un paquete renovado del programa social.

Ese mismo año 2005, la Comisión reiteraba el fuerte compromiso existente [COM (2005) 706 final, 22.12.2005] en cuanto a la modernización del modelo social existente, objetivo iniciado con el MAC (método abierto de coordinación)⁸ surgido del obje-

tivo estratégico del Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, dónde se abogaba por una mayor cohesión social. Destacaba la Comunicación de la Comisión en 2005 el consenso relativo a las pensiones de jubilación, donde la preocupación fundamental se manifestaba en torno a los tres siguientes puntos: la suficiencia, la continuidad, la modernización de los sistemas. En conjunto implicaban, fundamentalmente, la necesidad de promover vidas laborales más largas, a sabiendas que eso podía constituir un incremento en el gasto y atención sanitaria.

De nuevo, en el 2006 la Comisión volvía a manifestarse [COM (2006) 574 final, 12.10.2006], en este caso, planteándose directamente “*la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas en la UE*” dónde el envejecimiento de la población constituía el principal reto, que implicaba a su vez otros tantos, económicos, presupuestarios y sociales debido a su repercusión en el crecimiento y en los gastos públicos. De esta manera un alto déficit y una deuda creciente en un Estado miembro podían tener, afirmaba la Comunicación, influencia negativa sobre los sistemas macroeconómicos de otros Estados miembros, advirtiendo la necesidad de corregir los déficits presupuestarios y fomentar prácticas coherentes a tiempo, antes de que el envejecimiento de la población implicara una subida del gasto público. Así se refería expresamente al incremento de los siguientes gastos: pensiones, asistencia sanitaria y asistencia de larga duración.

La Comisión proponía, tras la clasificación de los riesgos de los diferentes Estados miembros (alto, medio y bajo), y para responder al envejecimiento de la población (además del retraso de la edad efectiva de jubilación): una reducción rápida de la deuda, un aumento de las tasas de empleo y productividad, una reforma de los sistemas de pensiones, de la asistencia sanitaria y de la asistencia de larga duración. Pero la propuesta no daba suficientes herramientas para ello.

Los términos de dicha Comunicación del 2006 muestran una preocupación por el tema que nos atañe y, más aún, la necesidad de la anticipación a esos

⁸ En este sentido los objetivos fundamentales del MAC para la protección social y la inclusión en relación con el tema que nos ocupa se resumirían en la promoción de la “*cohesión social y la igualdad de oportunidades para todos a través del sistema de protección social y políticas sociales de inclusión adecuadas, accesibles, financieramente viables, adaptables y*

eficientes”. Los indicadores aprobados en el seno del MAC (14 indicadores comunes, complementados por distintos indicadores específicos, actualizados en 2008-2009) incluyen sin duda alguna: la pobreza y exclusión social, las pensiones, la salud y el cuidado a largo plazo.

riesgos, en aquel momento potenciales, con el fin de evitar el desequilibrio económico europeo entre los países con diferentes riesgos⁹.

Un giro en materia de salud pública se produciría con la aparición del Libro Blanco de la Comisión, de 23 de octubre de 2007 “Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)” [COM (2007) 630 final], donde se recogían los principios siguientes:

- “Una estrategia basada en valores sanitarios compartidos”, donde se destacaba como la Comisión Europea había adoptado una declaración un año antes, destacando como valor común y fundamental, la universalidad, el acceso a una atención de calidad, la equidad y la solidaridad.
- “La salud es el tesoro máspreciado”, poniendo de manifiesto cómo una buena salud es un factor importante de crecimiento económico y, por ello, entre otras cuestiones, debían los gastos sanitarios hacerse como inversiones en prevención, para el conjunto de la población.
- “La salud en todas las políticas”, es decir, la iniciativa Health In All Policies (HIAP), cuyo objetivo era integrar la salud en sentido amplio en todas las políticas de la Unión.
- “Reforzar la voz de la UE en el ámbito de la salud a nivel mundial”, para reforzar la cooperación en la materia entre todas las organizaciones internacionales.

En el 2008, la tasa de empleo en la UE se situaba en el 66%, siendo el objetivo global fijado para el año 2010 por Lisboa un 70%, insistiéndose desde la Comisión en la necesidad de la “flexiguridad” para cumplir tales objetivos¹⁰.

⁹ No está de más recordar en este punto que Grecia se encontraba ya entre los países con un alto nivel de riesgo según datos de la Comisión.

¹⁰ En la Comunicación de la Comisión de 3 Junio 2009 se destacaba en la introducción: “*La flexiguridad sigue siendo el planteamiento adecuado para modernizar y fomentar la adaptabilidad de los mercados de trabajo, incrementar la competitividad y prepararse para la recuperación*”. En este sentido, exigían la combinación de los siguientes factores: mercado laboral flexible, organización del trabajo y relaciones laborales, así como un alto nivel de empleo y seguridad de ingresos. Todo ello para hacer frente al cambio demográfico y financiar el gasto

La Comisión expresaba su intención de anticiparse y gestionar así el cambio demográfico, en particular aumentando el número de trabajadores de más edad¹¹, pero, sin olvidar la mejora necesaria en los distintos modelos europeos de asistencia sanitaria que podían verse perjudicados por el incremento de gasto de los trabajadores de edad avanzada.

El problema de base para la Unión Europea es y sigue siendo garantizar la sostenibilidad de las pensiones, y el punto central en el que la UE ha centrado sus esfuerzos en apoyar a los Estados miembros a incentivar a los ciudadanos para que amplíen su vida laboral, o en otras palabras, hacer que trabajar durante más tiempo sea una opción más atractiva para no perder prestaciones en materia de pensiones.

Los problemas básicos e interrogantes que surgen en torno a las pensiones se pueden concentrar de la siguiente manera:

- La viabilidad de las pensiones, a causa del envejecimiento de la población, la baja tasa de natalidad, la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada y el desconocimiento exacto de los flujos migratorios¹², que podrían provocar un incremento del gasto público en pensiones, dada la existencia hipotética de menor número de trabajadores¹³; tema que no es objeto de análisis en este artículo.

del envejecimiento de la población, entre ellos el incremento de la presión sobre los planes públicos de pensiones, recurriendo cada vez más, para asegurar la sostenibilidad de las pensiones a los planes privados, debiéndose determinar por tanto el equilibrio entre ambos sistemas, fondos privados y públicos.

¹¹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=816&langId=en>

¹² Sobre la proyección de los flujos netos migratorios realizados por la UE, véase *The 2009 Ageing Report: underlying Assumptions and Projection Methodologies european Economy 7/2008*, by European Commission (DG ECFIN) and The Economic Policy Committee (AWG), 2008, págs. 37-39.

¹³ Aunque cierto sector de la opinión pública considera que podría incluso producirse una disminución del gasto público puesto que la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada implica que éstos al momento de acceso a la pensión de jubilación recibirían cantidades menores, dado el cómputo de dichas pensiones sobre la vida laboral más reciente, con las salvedades y diferencias que se deriven de cada sistema nacional.

- El incremento del gasto público en relación a la asistencia sanitaria para las personas de edad avanzada¹⁴. La lógica es que a medida que la población envejece la necesidad de este tipo de atenciones de larga duración aumenten, incrementándose el gasto sanitario de los Estados miembros, ya que se trata de una competencia de los mismos¹⁵, en los que la UE no interviene para diseñar los sistemas nacionales, añadiéndose el problema de la trasposición de la Directiva 24/2011/UE de asistencia sanitaria transfronteriza¹⁶, al que luego haremos referencia.

En medio de una grave crisis mundial la Comisión Europea realizó una nueva Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al compromiso compartido a favor del empleo en estos momentos de crisis [COM(2009) 257 final, 3.6.2009] abogando por la necesidad no sólo de medidas para luchar contra el impacto social y el empleo, sino de una reforma estructural necesaria para hacer frente a los problemas que a largo plazo se plantean. Tres eran las claves, a donde debían ir dirigidas las medidas de los Estados miembros: mantenimiento del empleo, creación de puestos de trabajo y promoción de la movilidad; mejora de las competencias y la satisfacción de las necesidades del mercado de trabajo; incremento del acceso al empleo.

Resulta curioso destacar como en este documento de 2009 la preocupación de las instancias europeas se centra exclusivamente en el mercado laboral¹⁷, ob-

jetivo claramente influenciado por las altas tensiones que se estaban produciendo en los distintos Estados miembros con la cuantiosa destrucción de empleo y la desigual creación de puestos de trabajo; pese a la inclusión de la asistencia sanitaria en otros documentos similares previos como parte inherente y fundamental a la sostenibilidad de los Estados, en 2009 no se incluye ninguna referencia al respecto.

En este mismo sentido, la Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, [COM (2010) 3.3.2010]¹⁸, propone el siguiente objetivo principal de la UE en relación con el tema que nos ocupa: “El 75 % de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada”, mediante, entre otras cosas, una mayor participación de las mujeres y los trabajadores más mayores y una mejor integración de los inmigrantes en la población activa. Se destacan así dos carencias estructurales en Europa: un nivel de empleo todavía más bajo en relación con otras partes del mundo¹⁹; y un aceleramiento del envejecimiento de la población²⁰.

La combinación de ambos factores -menor población activa y una mayor proporción de jubilados- se traducirá en más tensiones en nuestros sistemas de bienestar. Para el cumplimiento de tales objetivos se fijan 7 iniciativas emblemáticas, destacamos la siguiente: «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos», dirigida a la modernización de los mercados laborales y la potenciación de la autonomía de las

vorecidos, como las mujeres, previniendo con carácter general la inactividad y el desempleo de larga duración en todos ellos.

18 “El núcleo de Europa 2020 debería estar constituido por tres prioridades:

– Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.

– Crecimiento sostenible: promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva.

– Crecimiento integrador: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial”.

19 Sólo el 63 % de las mujeres trabajan, en comparación con un 76 % de los hombres, y solo el 46 % de los trabajadores más mayores (55-64 años) tienen un empleo, en comparación con más del 62 % en Estados Unidos y Japón. Por otra parte, el europeo medio trabaja un 10 % de horas menos que su equivalente estadounidense o japonés.

20 Donde la población activa de la UE empezará a disminuir a partir de 2013/2014. El número de mayores de 60 años aumentará dos veces más rápido de lo que lo hacía antes de 2007 (dos millones al año en vez de en un millón anteriormente).

14 Sobre las proyección de gastos relacionados con la edad, v. *Special Report No. 4/2005 The 2005 projections of age-related expenditure (2004-2050) for the EU-25 Member States: underlying assumptions and projection methodologies*, by the Economic Policy Committee and the European Commission (Economic and Financial Affairs DG), European Communities, 2006.

15 www.ec.europa.eu/employment_social/spsi/health_and_lt_care_en.htm

16 La Directiva ha sido traspuesta en España a través del Real decreto 81/2014, de 7 de febrero.

17 En este sentido, se prioriza a los colectivos de trabajadores desempleados adultos para que se reincorporen al mercado de trabajo, concediéndoles, en un plazo máximo de tres meses desde su acceso al servicio público de empleo, una formación adicional, un período de aprendizaje u otra medida de empleabilidad; igualmente haciendo más atractiva la contratación para el empresario incentivos, todo ello unido a medidas no incentivadoras de los programas de jubilación anticipada.

Asimismo para reducir el impacto social de la crisis no se pueden olvidar, continuaba la Comisión, otros colectivos desfa-

personas a través del desarrollo de capacidades a lo largo de su vida, con la intencionalidad de aumentar la participación laboral y lograr la adecuación de la oferta y la demanda de trabajos, en especial lo relativo a la movilidad laboral.

A raíz de la Comunicación, un nuevo texto, esta vez del Consejo Europeo, [EUCO 7/10, 26.3.2010, recogía como objetivo prioritario: aumentar hasta el 75% la tasa de empleo de los hombres y mujeres de edades comprendidas entre los 20 y los 64 años, incluso mediante una mayor participación de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los trabajadores de menor cualificación y mejorando la integración de los migrantes legales. Una vez más al asistencia sanitaria había sido olvidada de los textos de modernización del modelo social

Junto con otras medidas particulares a nivel sanitario y de los diferentes programas plurianuales de salud (el último 2014-2020 y con una dotación económica de 449 millones de euros), en el mes de febrero de 2013, la Comisión europea bajo el título “Inversión social para el crecimiento y cohesión” aprobó un conjunto de medidas para las inversiones en salud, con el objetivo fundamental de conseguir que la salud sea un valor en sí mismo y, al mismo tiempo, un elemento fundamental para la prosperidad.

2. EL GASTO SANITARIO

a) España en comparación

En cifras macroeconómicas el gasto en que los diversos países destinan al componente sanitario es variable. Según los últimos datos conocidos de la OCDE, en su *Informe sobre la salud 2014*²¹ España en 2011 (último dato conocido) dedicó el 9.4% de su PIB al gasto sanitario (0.1% más que en el año anterior), una proporción casi igual al promedio en los países de la OCDE (9.3%)²².

21 Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014. España en comparación. www.oecd.org/spain y www.oecd.org/health/health.data

22 Gasto medio de los países de la OCDE en 2010 fue de un 9.5%; excluyendo los gastos de capital, el gasto actual en salud como porcentaje del PIB cayó de un 9.1% en promedio en 2010 a un 9.0% en 2011. Según ECO-Salud OCDE, 2013, disponible en OCDE.Stat. Si atendemos a cifras proporcionadas por Eurostat 2013, el gasto en sanidad es de 67500 millones

La crisis financiera y económica condujo a un incremento de gasto en salud como proporción del PIB en España, el PIB comenzó a caer bruscamente en el segundo semestre de 2008 y durante 2009, mientras que el gasto en salud continuó subiendo, aunque a un ritmo más lento. Sin embargo, unas reducciones subsecuentes del gasto sanitario en 2010 y en 2011 llevó a una disminución de dicha proporción. El gasto sanitario como proporción del PIB es más alto en los Estados Unidos (el cual gastó 17.7% de su PIB en la salud en 2011)²³, seguido por los Países Bajos (11.9%), Francia (11.6%) y Alemania (11.3%), del 9.3 % del PIB.

España, junto con Grecia²⁴, Irlanda e Islandia, es de los pocos países que redujo el gasto en sanidad dos años consecutivos, en 2010 y 2011. El gasto sanitario en España creció, en términos reales, un 5.6% en promedio anual entre 2000 y 2009, más rápido que el promedio de la OCDE de 4.8%, pero cayó un 0.5% en 2010 y un 2.8% en 2011. Este crecimiento negativo se debió a una gran reducción en el gasto sanitario público. El año 2010 España supuso el 9,6%, ligeramente por encima de la media (9,5%).

España se encuentra por debajo del promedio de la OCDE en cuanto al gasto total per cápita²⁵ -3339 USD-, con un gasto promedio de 3072 USD en 2011²⁶ [ver tabla en la página siguiente].

euros en España.

23 Fuera de Europa, el crecimiento del gasto de salud también se desaceleró en 2010 y 2011, sobre todo en Canadá (3.0% en 2010 y 0,8% en 2011 en términos reales) y Estados Unidos (2,5% en 2010 y 1,8% en 2011, también en términos reales). En los Estados Unidos, la proporción del gasto en salud respecto al PIB se ha mantenido en el 17,7 por ciento entre 2009 y 2011, después de años de constante aumento. No está claro todavía si la reciente desaceleración refleja factores principalmente cíclicos y, por lo tanto, no puede tener un efecto duradero en el crecimiento de la economía y su recuperación, o si refleja más cambios estructurales, como una difusión más lenta de las nuevas tecnologías y los productos farmacéuticos, y los cambios en los pagos a proveedores que resulten en una mayor eficiencia. Durante 2012 EEUU gastó un 16.9% PIB, un porcentaje menor que en años anteriores.

24 En Grecia, el gasto total de salud se redujo en un 11% tanto en 2010 y 2011, después de una tasa de crecimiento anual de más del 5% de media entre 2000 y 2009. Estas reducciones fueron impulsados principalmente por los recortes en el gasto público.

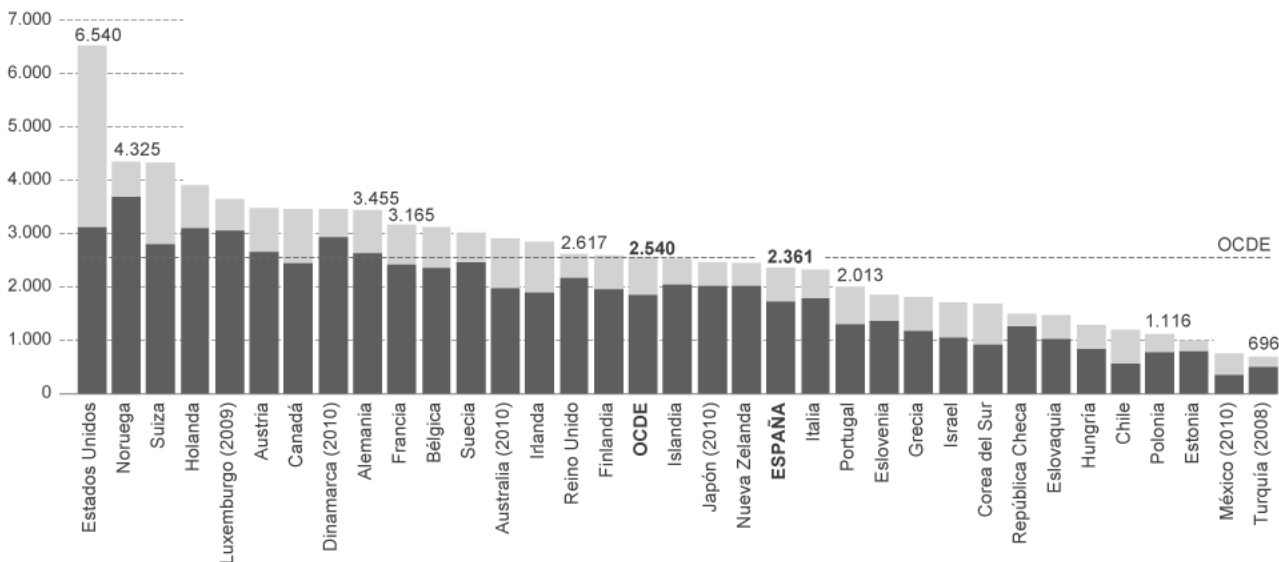
25 La OCDE calcula los datos en dólares, ajustados por la variable paridad de poder de compra (PPC), lo cual permite comparar los gastos entre los países con una base en común.

26 OCDE, Base de Datos sobre la salud 2013, España en comparación.

Estadísticas de la Salud de la OCDE, 27 junio 2013

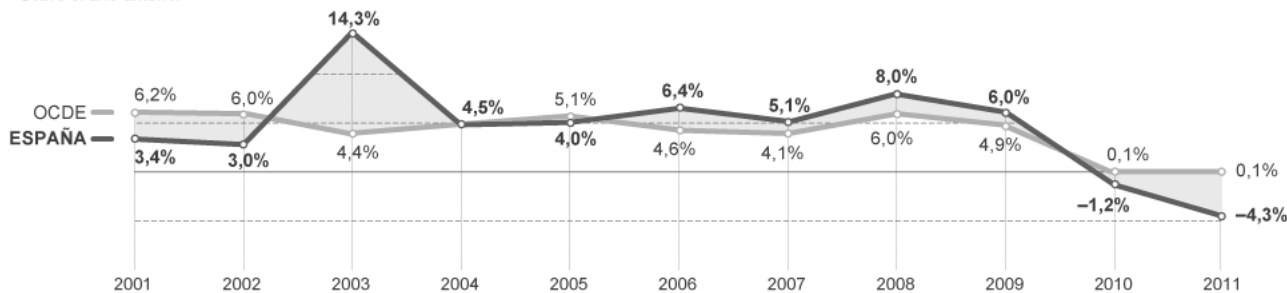
► GASTO SANITARIO POR CIUDADANO EN 2011

En euros ■ Sanidad pública
■ Sanidad privada



► VARIACIÓN DEL GASTO EN SANIDAD PÚBLICA

Sobre el año anterior



Por otra parte, según el último Informe *General government expenditure in 2011-focus on the functions social protection and health* publicado por Eurostat²⁷ respecto a la Sanidad [ver tabla en la página siguiente], España gastó 1463 euros por habitante, lo que supone 631 euros menos que la media de la Eurozona de 17 países (un 31% menos), 2094 euros por ciudadano, situándonos como país en el puesto número 11, sólo delante de Eslovenia (1209 euros anuales), Grecia (1105 euros anuales), Portugal (1097 euros), Malta (875 euros), Eslovaquia (752 euros) y Chipre (716 euros)²⁸.

El sector público es la fuente principal de fondos en salud en todos los países de la OCDE, a excepción de Chile, los Estados Unidos y México. En España, la proporción de financiamiento público del sector de la salud alcanzó el 73% en 2011, una proporción ligeramente superior al promedio en la OCDE de 72%. Los países con las proporciones públicas de gastos en salud más altas (más del 80%) son los países nórdicos (Dinamarca, Noruega, Islandia y Suecia), el Reino Unido y el Japón.

27 Eurostat 2013. Asimismo, estos datos revelan que el mayor gasto por habitante en la Eurozona se realiza en Luxemburgo, con un coste de 3910 euros por ciudadano. Consultado a través de http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFF-PUB/KS-SF-13-009/EN/KS-SF-13-009-EN.PDF.

28 En el conjunto de los 27 países de la Unión Europea

(UE), según este mismo informe de Eurostat 2013 España desciende hasta el puesto 14 en gasto sanitario por habitante, con 380 euros menos de inversión en sanidad por persona que la media de la UE (1.843 euros). España cae tres puestos en esta lista por la inclusión de Dinamarca (3.607 euros por persona y año en sanidad), Reino Unido (2.233 euros) y Suecia (2.886 euros), miembros de la UE fuera de la Zona Euro. Respecto al porcentaje del PIB destinado a Sanidad, España queda un 1,1 por ciento por debajo de la media de la Eurozona (7,4%) y un punto por debajo de la media de los 27 (7,3%).

General government expenditure in 2011-focus on the functions social protection and health

Table 4: Total general government expenditure on health by country, 2011

	% GDP	millions of euro	euro per inhabitant
EU-27	7.3	926 728	1 843
EA-17	7.4	695 844	2 094
BE	7.9	29 148	2 655
BG	4.6	1 772	241
CZ	7.8	12 145	1 157
DK	8.4	20 088	3 607
DE	7.0	182 510	2 232
EE	5.1	813	606
IE	7.5	11 945	2 660
EL	6.0	12 472	1 105
ES	6.3	67 500	1 463
FR	8.3	164 882	2 530
IT	7.4	116 195	1 913
CY	3.4	609	716
LV	4.1	831	404
LT	5.2	1 616	533

	% GDP	millions of euro	euro per inhabitant
LU	4.8	2 031	3 910
HU	5.1	5 132	515
MT	5.6	366	875
NL	8.5	50 966	3 053
AT	7.8	23 322	2 770
PL	4.7	17 529	455
PT	6.8	11 680	1 097
RO	3.4	4 444	208
SI	6.9	2 481	1 209
SK	5.9	4 093	752
FI	7.8	14 829	2 753
SE	7.0	27 271	2 886
UK	8.0	140 057	2 233
IS	7.6	769	2 412
NO	7.3	25 620	5 173
CH	2.1	9 802	1 246

El gasto previsto va en aumento y las proyecciones del mismo para la Unión Europea rondan el 12% en el año 2020, aunque muchos países de la UE han procedido a una reducción importante del gasto en los últimos años, fundamentalmente en el 2011, tanto en cuanto al gasto farmacéutico –por ejemplo, en España se incrementó la proporción de medicamentos genéricos en el volumen total de consumo a más del doble entre 2006 y 2011- como su gasto en prevención y salud pública o el gasto hospitalario, a través de reducción del personal de los hospitales, de las camas en los mismos, los salarios del personal sanitario y el aumento de los copagos de los pacientes. Sirva de ejemplo en este punto que Portugal redujo en este año su gasto farmacéutico en un 20%, Grecia en un 13% y España en un 8%.

Como es sabido, en los últimos años, debido a una escasez de recursos, a unos costes crecientes y a la introducción de las nuevas tecnologías, se ha intentado en varios países ordenar y priorizar los servicios sanitarios, dado que los recursos disponibles son limitados y que invertir más recursos en un sector implica invertir menos en otro (coste de oportunidad), para asegurar la provisión de los servicios más importantes.

Al estudiar los sistemas sanitarios de un país estamos analizando los valores de la sociedad con respecto a la salud: sus modelos de financiación y de asignación de recursos, la cartera de servicios y el grado de protección deseado, su legislación, su organización administrativa y su modelo de gestión para garantizar una prestación eficaz, efectiva, eficiente y de calidad.

Los sistemas sanitarios son sistemas complejos, abiertos e interrelacionados con factores determinantes de otros sistemas, como el político o el fiscal, y deben cumplir, para considerarse “sistema”, las cualidades de ser: universal, con atención integral, con equidad en la distribución de los recursos, eficiente, con flexibilidad y con participación de los ciudadanos en su planificación y gestión.




El concepto de equidad en términos sanitarios se refiere a la igualdad, tanto en la posibilidad de acceso como en el trato, sin distinción de sexo, religión o raza; e igualdad de cartera de servicios para todos los ciudadanos. Otro concepto importante es la necesidad de calidad asistencial, tanto en eficacia como en eficiencia. Eficacia, para lograr el efecto deseado, el correcto diagnóstico y tratamiento logrando la curación, o la mejoría, mediante la rehabilitación. Eficiencia, relacionada con el coste para lograrla.

b) Algunas de las tendencias de los países de la Unión Europea en materia sanitaria

Los países de la UE ofrecen una cobertura prácticamente universal aunque deriven de modelos diferentes, como los mutualistas o modelo Bismarck, basado principalmente en contribuciones a la Seguridad social (Francia y Alemania), y los de sistema nacional de salud o modelo Beveridge, financiados principalmente por presupuestos del Estado, también en condiciones de universalidad, equidad y gratuidad (como Reino Unido, Italia, España y Portugal). Actualmente la tendencia es hacia un modelo convergente de los dos sistemas.

Los sistemas de salud de estos países reflejan realidades muy dispares en lo que respecta a derechos de los pacientes y a medios de financiación, siendo variadas las fórmulas adoptadas para disminuir su deuda sanitaria y hacer más sostenible su sanidad pública: copago, céntimo sanitario, tique moderador. La frontera entre sanidad pública y privada cada vez está más diluida. Los sistemas han incluido el pago de medicamentos, pago de consultas, pruebas complementarias y días de hospitalización para moderar el gasto, gravar con impuestos la comida de los hospitales, pago por habitación individual, cobrar a pacientes que acudan a urgencias con problemas que pudieran ser valorados como no urgentes, canon por las ambulancias, pago por enfermería, pago por prestaciones no básicas, etc.

**El gasto sanitario en Europa en 2011:
Algunas variables**

			
	ESPAÑA	ALEMANIA	FRANCIA
MEDICINAS	Pago compartido	Pago 10% (excepto menores)	Pago íntegro
HOSPITALIZACIÓN	Gratuito	Pago mínimo 10 euros/día, con máximo 28 días	Pago 20% más 14 euros, con máximo 30 días
URGENCIAS	Gratuito	Pago 25 euros/urgencia	Gratuito
CONSULTA MÉDICA	Gratuito	Pago 10 euros/trimestre por visita	Pago 30% coste más 1 euro, con un máximo de 50 euros/año

			
	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
MEDICINAS	Pago compartido	Gratuito	Medicamentos subvencionados
HOSPITALIZACIÓN	Gratuito	Gratuito, pero con pago de pruebas diagnósticas	Pago de 5'20 euros, excepto embarazadas, menores, jubilados, enfermos crónicos
URGENCIAS	Gratuito	25 euros si la urgencia no es justificada	Pago 8,40 euros
CONSULTA MÉDICA	Gratuito	Pago especialista entre 15 y 20 euros	Pago 2,20 euros

El 80% de los países europeos tienen instaurada una u otra forma de copago sanitario con distinto fin, pero hay que destacar que en la actualidad no existe una norma europea –ni Reglamento ni Directiva– que regule las fórmulas de copago que homogenice los criterios para su imposición, por tanto **¿cómo se aplica el copago sanitario en Europa? Veamos brevemente algunas de las fórmulas de los países que lo están utilizando.**

Los franceses comenzaron a pagar por ir al médico en 2004²⁹. Hoy en día, acudir a una consulta les cuesta una media de 23 euros aproximadamente, aunque la Seguridad Social les reembolsa dos tercios de ese dinero.

Además, deben abonar un euro por cada prueba o visita al especialista y 50 céntimos por las medicinas. En los hospitales, cada día de ingreso cuesta 18 euros. Los fármacos pueden estar subvencionados total o parcialmente. Hay que tener en cuenta que los propios usuarios podrán elegir los especialistas, así como los centros médicos u hospitales.

Esta fórmula ha llevado a los franceses a contratar de forma casi generalizada seguros privados que sufraguen los gastos que no cubre la sanidad pública, por lo que una mejor y más completa asistencia sanitaria se hace depender de los recursos económicos de los ciudadanos.

El mismo sistema se ha establecido en Bélgica³⁰ con idénticas características al sistema francés.

También en Alemania³¹ funciona la fórmula del copago. Quienes ingresan más de 400 euros al mes deben destinar una parte de su sueldo a un seguro médico obligatorio.

Los pacientes realizan un pago único trimestral de 10 euros que les permite acudir al médico de cabecera y a especialistas; una vez pagada esa cantidad, el paciente podrá acudir a los centros médicos tantas veces como necesite, así como realizarse todo tipo de pruebas sin ningún coste añadido. En caso de hospitalización, abonar 10 euros por día, con un tope

29 Información obtenida del Ministerio de Asuntos sociales y sanidad francés, a través de la página web del mismo <http://www.sante.gouv.fr/>.

30 Información obtenida a través de la Organización Mundial de la Salud, consultada en <http://www.who.int/countries/bel/es/>.

31 Información extraída de <https://www.deutschland.de/es/topic/politica/alemania-europa/ministerios-federales>.

cercano a los 300 euros anuales. Eso sí, los servicios de pediatría, tanto consulta como hospitalización, no tienen ningún coste.

En **Italia**³² utilizan un sistema mixto que cuenta con una gran aceptación entre la población: las consultas al médico de familia son totalmente gratuitas, mientras que las visitas a los médicos especialistas tienen un coste que oscila entre los 36 y los 50 €.

Por otra parte, los pacientes de **Noruega**³³ son los más afectados en este sentido porque deben hacerse cargo del coste de todos los servicios médicos y únicamente el Estado intervendrá en caso de que la suma total sea muy elevada, financiando esa parte restante al paciente.

Portugal³⁴ también cuenta con su propio sistema sanitario de pago, en este caso, cualquier visita al hospital o centro médico tendrá un coste que oscilará entre los 1.5 y 5 €, mientras que las visitas a urgencias pueden suponer al paciente un desembolso de hasta 8 €. Finalmente, los pacientes portugueses que necesiten estar ingresados tendrán que abonar 5,20 € por cada día de ingreso.

Por último, **Reino Unido**³⁵ tiene un sistema muy similar al español. Las visitas al médico, las pruebas y los ingresos hospitalarios no tienen coste extra. La diferencia fundamental reside en los medicamentos, los facultativos entregan a los pacientes la dosis de fármacos que necesitan. Si tienen que acudir a una farmacia abonan parte del importe de los medicamentos, una fórmula de ahorro farmacéutico del todo interesante y de sencilla implantación administrativa; si bien es cierto, los problemas se pueden plantear con respecto a las empresas farmacéuticas que verían reducido considerablemente su mercado y, consecuentemente, sus ventas.

3. ALGUNAS MEDIDAS LLEVADAS A CABO EN ESPAÑA PARA LA CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO SANITARIO

32 Datos del Ministerio de la Salud italiano, <http://www.salute.gov.it/>

33 Según la Comisión Nacional de Salud de Noruega, <http://www.helsetilsynet.no/Languages/Comision-Nacional-de-Salud-de-Noruega-Statens-helsetilsyn/>.

34 Ministerio de la Salud en Portugal, <http://www.portal-dasaude.pt/portal>.

35 Según el Departamento de Salud del Gobierno británico, <https://www.gov.uk/government/organisations/department-of-health>

En **España**, pese al escaso porcentaje dedicado a sanidad, a partir de la crisis de los años 70, con el imparable crecimiento del gasto sanitario muy por encima del crecimiento económico general, se ha desarrollado un interés universal por la contención del gasto (necesidad financiera) insistiendo en que eso no disminuiría las prestaciones (necesidad política y social), una vez que los gastos más importantes (universalización de cobertura y establecimiento de estructuras sanitarias) se hubieran cubierto ya en las fases previas. No obstante, debido a los estrictos criterios de Maastrich, en los Estados miembros de la UE se han realizado recortes del gasto público, que han afectado también al gasto sanitario.

Desde julio de 1991, cuando se publicó el *Informe Abril*³⁶, que incluía el copago como medida de cofinanciación y de efecto disuasorio para los usuarios como una de las recomendaciones para “*un futuro sostenible de nuestro sistema sanitario*”, la necesidad del mismo se ha venido proclamando repetidamente, en forma de “globo sonda”, en nuestra sociedad.

El Informe *General government expenditure in 2011-focus on the functions social protection and health*³⁷, desvela por otra parte que la práctica totalidad del gasto sanitario en España (con datos de 2010) corresponde a la atención ambulatoria (77% del total, la tasa más alta de Europa) y a medicamentos, productos y equipamientos sanitarios, (en torno al 20%). El escaso porcentaje restante se reparte entre servicios hospitalarios, servicios de salud pública o I+D sanitario.

En este sentido, las empresas de tecnología sanitaria se quejan de la parálisis en este campo, con retrasos en los pagos, caída en el número de licitaciones

36 El informe Abril fue un análisis en el que se juzgaba y evaluaba el sistema sanitario público español, con una serie de recomendaciones para su planificación posterior. Redactado en 1991 por una comisión presidida por Fernando Abril Martorell, apellido del que tomó su denominación. El informe estuvo terminado y presentado al ministro el 25 de julio de 1991 y fue presentado en el Congreso de los Diputados por Abril Martorell el 25 de septiembre, siendo presidente del Gobierno Felipe González Márquez. En él se consideraba que existía “*un cierto agotamiento del sistema sanitario*”. Este informe fue muy criticado en su momento y quedó relegado aparentemente en el olvido. En marzo de ese mismo año se había producido el relevo en el ministro de Sanidad de Julián García Vargas, impulsor del informe, que fue sustituido por Julián García Valverde. Sin embargo muchas de las recomendaciones del mismo se han ido adoptando en la primera década del siglo XXI por el Estado y las comunidades autónomas.

37 Eurostat, 2013. Consultado a través de http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-13-009/EN/KS-SF-13-009-EN.PDF.

y búsqueda de colocación de tecnología como préstamos a cambio de la compra de fungibles. Lo cierto es que analizando los presupuestos del gasto sanitario de las Comunidades Autónomas, entre 2009 y 2013, las inversiones reales se han reducido un -67,4%, con un recorte generalizado salvo en La Rioja, que mantiene congeladas estas cantidades.

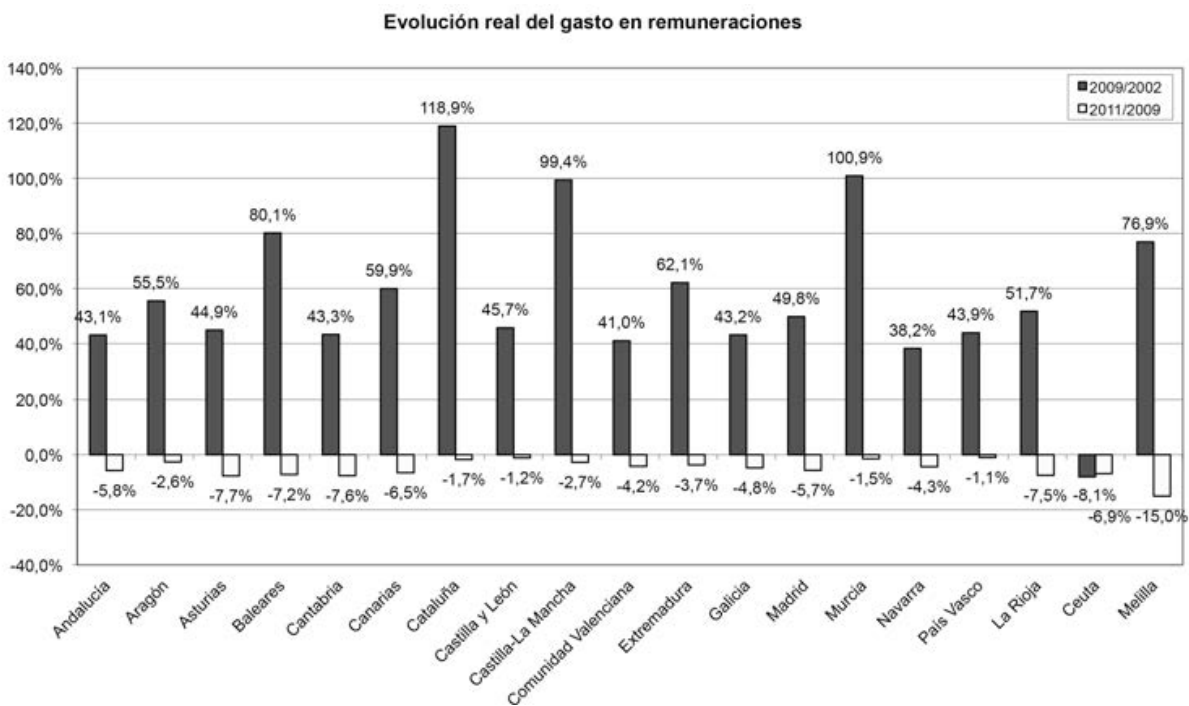
Por otra parte, el gasto en remuneraciones del personal en el sector sanitario público fue en 2011 de 30.367,4 millones, de los que la mayoría corresponden a las Comunidades Autónomas, con unas remuneraciones de 28.536,8 millones. Según la Estadística del Gasto Sanitario Público (EGSP) entre 2002 y 2009 el crecimiento en retribuciones fue de un 57,6%; siendo entre 2009 y 2011 inferiores, un 4,1%.

supuesto al sistema sanitario, 8 décimas menos que las medias en la Zona Euro y en la Europa de los 27 (ambas en el 14,9%).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su informe *Global Health Expenditure Database* muestra cómo ha sido la evolución del gasto sanitario en España desde el año 1995, diferenciando 3 periodos:

- Entre 1995 y 2000, se refleja una contención del gasto en un buen número de países europeos (-7,8% en España).
- Entre 2000 y 2005, los datos de fuerte expansión generalizada en toda la UE (108,0% en España).

EGSP. Gasto sanitario total. Total consolidado. Principio de devengo. MSSSI³⁸



Otro dato importante incluido en el informe del Eurostat, *General government expenditure in 2011-focus on the functions social protection and health³⁹*, sobre la inversión española en sanidad es que el Gobierno dedica el 14,1 por ciento de su pre-

- Entre 2005 y 2010, se advierte un crecimiento más moderado (en España, un 33,9%).

De los 98.860 millones de euros gastados en sanidad en 2011 en España, 72.217 millones corresponden al sector público y 26.643 al sector privado, un 73,0% y un 27,0% respectivamente, incluyendo cuidados de larga duración⁴⁰. Si atendemos a otra

38 Informe “El gasto sanitario en España”, Cuadernos de información sindical nº 36, editado por Confederación sindical de Comisiones Obreras, noviembre 2013.

39 Eurostat, 2013. Consultado a través de http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-13-009/EN/KS-SF-13-009-EN.PDF.

40 Datos de gasto sanitario total según agente de financiación, del Sistema de Cuentas de Salud (SCS), incluyendo los costes de los cuidados de larga duración.

fuente Estatal, la Estadística de Gasto Sanitario Público (EGSP), el gasto en 2011 ascendió a 67.689,4 millones de euros, sin tener en cuenta los cuidados de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

El déficit anual en sanidad ha estado en torno al 25% entre los años 2008 al 2010, como sigue⁴¹:

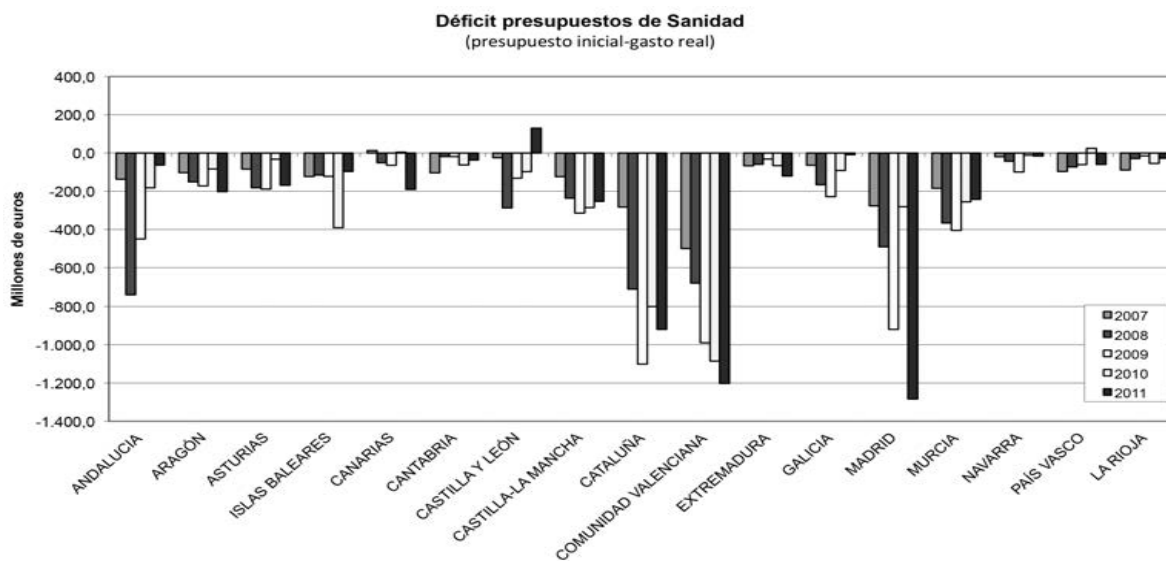
- En el año 2008, ascendía al 25.74%, siendo el gasto total de 71.170 millones de euros.
- En el año 2009, era del 27.87%, y el gasto total de 75395 millones de euro.
- En el año 2010, se situaba en el 25.10%, un total de 74.732 millones de euros.

Todas las Comunidades Autónomas tiene presupuestos sanitarios iniciales por debajo del gasto real, alcanzado en 2011 el déficit acumulado de todas las administraciones autonómicas los 4.760.6 millones⁴², situándose el País Valenciano en un 21.8%, la Comunidad de Madrid en un 18.0%, Murcia con un 12%, Aragón y Asturias con un 10,9% y Cataluña con un 10%, el resto de Comunidades Autónomas por debajo del 10%⁴³.

En el 2013 el Gobierno presentó el denominado Plan Nacional de Reformas de España (PNR 2013) en el que “se explica la agenda reformista del Gobierno para aumentar la competitividad y sobre todo la flexibilidad de la economía española. Por una parte, se repasan las reformas estructurales que se han adoptado durante el último ejercicio y, por otra, se explican las que se van a poner en marcha en los próximos meses”⁴⁵. Según este mismo documento en el ámbito del Sistema Nacional de Salud se continuará con las reformas iniciadas en 2012, que supusieron una reducción del gasto sanitario del 8%, y se adoptarán iniciativas nuevas, siendo el impacto estimado total de 3.134 millones de euros en 2013.

En el mismo año 2013 el Gobierno también presentó la Actualización del Programa de Estabilidad del Reino de España 2013-2016 (APE)⁴⁶ donde se afirma que el ahorro previsto para el periodo 2012-2014 en los Planes Económico Financieros de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad se eleva a 7.267 millones, estimando que ya se habían adoptado medidas que sumaban en 2012 un ahorro equivalente al 59% de dicha cantidad.

Déficit por Comunidad Autónoma⁴⁴



41 Según el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e igualdad. Portal estadístico del Sistema Nacional de Salud.

42 Es interesante reseñar que en el año 2009 el déficit presupuestario de las Administraciones autonómicas alcanzaba los 5.311.1 millones de euros, cifra inferior a la del 2011, según la Estadística del Gasto Sanitario Público.

43 Estadística del Gasto Sanitario Público (EGSP), 2011.

44 Fuente: Elaboración el Informe “El gasto sanitario en España”, Cuadernos de información sindical nº 36, editado por Confederación sindical de Comisiones Obreras, noviembre 2013 a partir de MSSSI, EGSP y Presupuestos iniciales para sanidad de las Comunidades Autónomas, la Administración Central y la Seguridad Social. Actualización 2013.

45 http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/PNR_Espana_2013.pdf p. 5

46 http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/programa_estabilidad_2013_2016.pdf

En plena época de recesión económica y de recortes sociales, con un déficit creciendo y próximo a los 15.000 millones de euros, con una deuda del Sistema Nacional de Salud (SNS) de más de 8.000 millones de euros, y un paro que duplica la media europea con más de cuatro millones de parados, el fantasma del copago ha dejado de ser tal fantasma, convirtiéndose en una realidad, y las manifestaciones a favor o en contra se suceden en los últimos dos años.

El copago, existente ya en España, aunque reducido, no es otra cosa que la participación directa del ciudadano en el coste de los servicios sanitarios en el momento de utilizarlos, con el objetivo según sus creadores de contener su uso y conseguir financiación adicional. A continuación analizaremos algunos de los sistemas de copago en nuestro país y su evolución; pero ésta no es la única medida adoptada para la reducción o contención del gasto sanitario, el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y seguridad de sus prestaciones, la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 26 de diciembre de 2013 y el Real Decreto 81/2014 introducen un nuevo escenario que no puede pasarnos desapercibido.

a) Del Copago en la Sanidad

A') Planteamiento

A nivel jurídico en España tanto el copago sanitario como el tique moderador tienen su respaldo, ya que en la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 de 25 de abril (artículos 46 y 79⁴⁷) se indica que una de las fuentes de financiación del Sistema Nacional de Salud, además de las aportaciones de los presupuestos de las Administraciones Públicas y las cotizaciones a la Seguridad Social, son las tasas por la prestación de determinados servicios.

A pesar que la introducción legal de estos mecanismos de copago sanitario haya producido y siga produciendo un ahorro de costes debemos ir más allá, preguntándonos cuál ha sido el motivo real subyacente de tal ahorro y el impacto sobre los ciudadanos.

47 Artículo 46.d) Ley de Sanidad expresa: “La financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios”; reiterándose casi en los mismos términos en el artículo 76.1 c, con respecto a la financiación de la sanidad.

B') El copago farmacéutico

En el año 2012 el Gobierno adoptó dos medidas para la reducción del gasto farmacéutico en España –señaladas en estos términos por el Plan Nacional de Reformas de España 2013–, a saber, la reformulación del copago farmacéutico y la exclusión de más de 400 presentaciones farmacéuticas de la financiación pública.

Por medio del Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se modificó el artículo 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para subdividir la cartera de servicios en tres niveles, un nivel básico, otro suplementario y otro de servicios complementarios⁴⁸.

Esta medida no podía pasarnos desapercibida puesto que todas las actividades incluidas en la cartera común básica están incluidas en la financiación pública, mientras que las actividades correspondientes al nivel suplementario están sujetas a la aportación del usuario⁴⁹ -calculada según las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación-; y los servicios complementarios, accesorios que estarán sujetos a aportación y/o reembolso por parte del usuario, en los casos que legalmente se determine.

En el Plan Nacional de Reformas de España 2013 se afirma que con la adopción de estas medidas el ahorro puede llegar a ascender a 700 millones de euros, incrementados por 175 millones más por las aportaciones de los usuarios derivadas de otras disposiciones adyacentes.

El Real Decreto-Ley 16/2012 modificó la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, añadiendo un artículo 94 bis sobre la aportación de los

48 Antes de la modificación, había una única, en teoría, cartera de servicios acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

49 Dentro de las actividades del nivel suplementario se incluyen prestación farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos, así como el transporte sanitario no urgente; esta última difícil de determinar cuando el paciente es una persona con movilidad reducida y necesita el transporte como medio para desplazarse para la recepción de atención sanitaria o servicios relacionados, como la rehabilitación.

usuarios en la prestación farmacéutica obligatoria. A partir de entonces, quienes tengan rentas superiores a los cien mil euros aportan el 60%, quienes estén entre los dieciocho mil y los cien mil aportan el 50%, quienes estén por debajo de esta cantidad el 40% y los pensionistas un 10%, salvo que tengan rentas superiores a los cien mil euros, con topes mensuales para los pensionistas de ocho, dieciocho o sesenta euros según sea el nivel de renta. También se establece un tope del 10% en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC⁵⁰ de aportación reducida, ya existente con anterioridad, con una aportación máxima de 4,13 € en 2012.

Quedan exentos de aportación los afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica; las personas perceptoras de rentas de integración social; las personas perceptoras de pensiones no contributivas; los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación; y las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Junto con las posibles críticas que pudiéramos hacer en torno a la adecuación o no de la medida por ejemplo en cuanto a si respeta o no el derecho de la salud como un derecho fundamental, se alzan las siguientes problemáticas morales, jurídicas y administrativas: el castigo que supone tal medida, tanto para las rentas más bajas como para las personas que padecen una enfermedad crónica; la pérdida de la gratuidad para los pensionistas, situación que se mantenía inalterable desde el año 1978; y una dificultad práctica de control y de petición de reembolso por parte del ciudadano del exceso pagado en productos farmacéuticos⁵¹.

En este mismo orden de cosas, el grupo CO-FARES y Antares Consulting en su estudio presentado en mayo de 2013, "Impacto de las medidas de ahorro sobre el sector farmacéutico. Informe", estimaron que el nuevo copago supondría un ahorro anual de 552 millones de euros, de los cuales 384

millones corresponderían a las nuevas aportaciones de los pensionistas, un porcentaje que ascendería a un 70%, porque pese a que las aportaciones en general son reducidas, como puede observarse en el gráfico posterior, son el colectivo que mayor número de recetas consumen y, por tanto ¿no supone la introducción de este copago una medida discriminatoria en función de la edad?⁵²

[ver tabla en página siguiente:

Informe "El gasto sanitario en España", Cuadernos de información sindical nº 36⁵³

Asimismo, en marzo de 2013, el volumen de gasto farmacéutico ascendía a 11.578.3 millones de euros, de los cuales 8507.7 provenían de pensionistas y sólo 3.706 de personas en activo⁵⁴; de las 878.8 millones de recetas extendidas, 624,4 millones pertenecían a pensionistas y 254,1 millones a personas en situación activa; y, más aún, el precio medio por receta ascendía a 13,63 € en el caso de los pensionistas y a 12,08 € en el caso de los activos⁵⁵.

El gasto farmacéutico supone un 18% aproximadamente del gasto total en Sanidad, según el Ministerio de Sanidad.

Estos datos ponen de manifiesto, entre otras cosas, que los pensionistas son los que más necesitan recetas médicas y que las patologías por las que los pensionistas deben recibir tratamiento son mayores en número y en precio.

Estas medidas no implican por si el uso más racional de los medicamentos sino que en realidad lo que es posible que disfracen tales medidas con la reducción de recetas que se han expedido, 90 millones en 2012 a 70 millones en 2013, es una dificultad económica

52 Según datos de la Agencia Tributaria correspondientes al año 2011, el 64,5% de los perceptores de pensiones se encuentran por debajo del Salario mínimo Interprofesional, una cantidad que ascendería a 17.959,2 euros, o de la pensión mínima, esto es 15.971.2 euros. Sólo el 0.6% tiene unos ingresos diez veces el Salario Mínimo interprofesional o la pensión mínima.

53 Editado por Confederación sindical de Comisiones Obreras, noviembre 2013 a partir de MSSSI, EGSP y Presupuestos iniciales para sanidad de las Comunidades.

54 El gasto farmacéutico, es decir lo que paga la Administración por la parte subvencionada de los medicamentos dispensados con recetas cayó un 12% en mayo de 2013, con respecto al mes de mayo de 2012, según el Ministerio de Sanidad. Pero en noviembre de 2013 ese mismo gasto ascendió un 4,8% respecto al mismo mes del año anterior.

55 Datos extraídos del Boletín estadístico de marzo de 2013 del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos.

50 Las siglas ATC corresponden al sistema de clasificación Anatómica, Terapéutica y Química, en su versión inglesa. Son medicamentos relacionados con enfermedades crónicas, distribuidos en envases marcados con punto negro.

51 Según CCOO en su informe "El gasto sanitario en España", cuadernos de información sindical n. 36, editado por Confederación sindical de Comisiones Obreras, en noviembre 2013, se afirma que en las Comunidades autónomas donde se está obligando al paciente a adelantar el gasto en farmacia y, posteriormente, reclamar el reembolso, se produce un efecto disuasorio y discriminatorio en función de la renta, p.46.

Fuente: Informe “El gasto sanitario en España”, Cuadernos de información sindical nº 36

COPAGO FARMACÉUTICO	AHORA: RD-L 16/2012			ANTES: RD 1605/2006	
	APORTACIÓN	LÍMITE	CONDICIONES	APORTACIÓN	LÍMITE
ACTIVOS					
Usuarios y beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 € anuales	60%	-		40%	
Asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros	50%	-		40%	
Asegurado activo y sus beneficiarios que no se encuentren incluidos en los apartados anteriores	40%	-		40%	
PENSIONISTAS					
Con renta inferior a 18.000 €	10%	8,14 € al mes	El exceso sobre los límites se devolverá en un plazo máximo de seis meses	0%	
Con renta superior a 18.000 € e inferior a 100.000 €	10%	18,32 € al mes		0%	
Con renta superior a 100.000 €	60%	61,08 € al mes		0%	
EXENTOS DE APORTACIÓN					
Afectados de síndrome tóxico	0%			0%	
Personas con discapacidad	0%			0%	
Personas perceptoras de rentas de integración social	0%			40%	
Personas perceptoras de pensiones no contributivas	0%			0%	
Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación	0%			40%	
Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional	0%			0%	
MUTUALISTAS					
MUFACE, ISFAS, MGJ	30%			30%	
Medicamentos de aportación reducida	10%	4,20€ por medicamento		10%	2,64 € por medicamento
Productos cuya dispensación al usuario se realice en los centros o servicios asistenciales sanitarios	10%	4,20 € por medicamento		0%	

para no obtener las recetas una vez expedidas por el facultativo o para solicitar al mismo los medicamentos necesarios para las patologías que se padezcan.

Asimismo, es interesante destacar que por Resolución de 10 de septiembre de 2013 de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia modifica las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación, medicamentos que hasta ahora estaban exentos del copago; entre estos medicamentos, que ahora sí están sujetos al copago, se encuentran los de dispensación hospitalaria, con una aportación reducida, a saber un precio de venta al público del medicamentos hospitalario dispensado de 4,20 euros por envase como máximo.

Evidentemente si lo que desde el Ministerio de Sanidad se alega para introducir este copago es, por una parte, garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y, por otra parte, disuadir del uso irregular o abusivo de los medicamentos por parte de los pacientes, los medicamentos hospitalarios no deben estar incluidos como medio para conseguir este fin, puesto que se trata de medicamentos sujetos a un importante control sanitario y que, por tanto, su inclusión al copago vulneraría sin más el derecho a la

salud, entendida como recuperación de la misma una vez que se ha perdido, derecho no olvidemos reconocido en la Constitución y en los Tratados internacionales suscritos por España que no pueden quedar como una mera declaración programática.

Además, deberíamos añadir que por Resolución de 2 de agosto de 2013 la lista de medicamentos que quedan excluidos de la financiación pública se ha reducido notablemente, quedando fuera más de 400 prestaciones farmacéuticas, supuestamente por los motivos de ahorro y *innecesariedad* (sic.) para la protección de la salud. En este caso, cabe al menos la siguiente pregunta: Si no eran necesarios ¿cómo es posible que durante más de 10 años hubieran estado incluidos en la financiación pública? Por otra parte, la *desfinanciación* (sic.) de medicamentos ha implicado el incremento de precios en el sistema de venta libre⁵⁶.

56 Tal y como reconoce el Gobierno, respondiendo a una pregunta del Grupo Socialista (nota: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 257, 18 de abril de 2013, página 223), de las 417 presentaciones desfinanciadas hay 85 precios notificados y 49 de las presentaciones farmacéuticas desfinanciadas han incrementado su precio. Todas ellas tienen un precio de comercialización por debajo de los 9 €, con un promedio de 3,3 €, pero los precios notificados están un 45% por encima, con un promedio de 4,8 €. Los incrementos oscilan en una horquilla que va desde el 198% de la Cloperastina Normon (3,54 mg/ml suspensión oral, 1 frasco de 120 ml) al 8,5% del Duphalac (solución oral sobres, 10 so-

C') *El céntimo sanitario*

El denominado “céntimo sanitario” es un **impuesto indirecto sobre los carburantes** que nació con el objetivo de utilizar los recursos obtenidos para paliar los problemas de liquidez del sistema de sanidad pública, esto es para intentar dar solución al supuesto gasto excesivo del modelo español de sanidad pública y también con fines medioambientales.

A través del artículo 9 de la Ley 24/2001⁵⁷, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social se estableció el impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (IVMDH)⁵⁸ o céntimo sanitario que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

Curiosamente este impuesto fue transferido a las Comunidades Autónomas en la misma fecha de publicación de la anterior norma de creación, a través de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (vigente hasta el 1 de enero de 2009).

La Comunidad de Madrid fue la primera en aplicarlo el 1 de agosto de 2002; después, harían lo mismo en enero de 2004 Asturias y Galicia y en agosto de 2004 Cataluña. Posteriormente, se sumaron 13 de las 17 Comunidades Autónomas, siendo Euskadi, La Rioja, Aragón y las Islas Canarias –sometidas a un

bres). Información obtenida del informe “El gasto sanitario en España”, Cuadernos de información sindical nº 36, editado por Confederación sindical de Comisiones Obreras, en noviembre 2013, p. 49.

57 El artículo 9.1 Ley 24/2001, establecía: “1. **El IVMDH* es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de determinados hidrocarburos, gravando en fase única, las ventas minoristas de los productos comprendidos en su ámbito objetivo, con arreglo a las disposiciones de esta Ley; 2. La cesión del impuesto a las Comunidades Autónomas se regirá por lo dispuesto en las normas reguladoras de a Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y tendrá el alcance y condiciones que para cada una de ellas establezca su respectiva Ley de cesión; 3. Los rendimientos que se deriven del presente impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante, lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómico podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios”.*

58 El art. 9 Ley 24/2001 establecía en su apartado 3 incluía los siguientes hidrocarburos: las gasolinas, el gasóleo, el fuelóleo y el queroseno no utilizado como combustible de calefacción.

régimen de insularidad específico- las únicas Comunidades que no implantaron el Impuesto Especial de Hidrocarburos.

La cuantía del impuesto la imponía libremente cada Comunidad y oscilaba en los primeros momentos de su implantación entre 1 y 2,4 céntimos por cada litro de carburante, pero en los años 2011 y 2012, ante la inminente necesidad recaudatoria de las comunidades autónomas, el porcentaje fue notablemente más alto. A modo de ejemplo, el valor máximo alcanzó a 4.8 céntimos tanto para gasolina como gasóleo en nueve Comunidades Autónomas, a saber, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia, Valencia, Cataluña y las islas Baleares. En Navarra se situó en 2.4 céntimos por litro, frente a los 1.7 céntimos en Madrid, mientras que en Asturias fue de 4.8 céntimos para la gasolina y 4 céntimos para el gasóleo. En Galicia la variación se situó entre 2.4 céntimos para la gasolina y 1.2 céntimos para el gasóleo.

El Estado recaudó entre 2002 y 2011 13.000 millones con este tipo de gravamen, el Impuesto Especial de Hidrocarburos.

Podría parecer que el céntimo sanitario era la solución perfecta para recaudar impuestos solamente de aquellos que producen un gasto, es decir la definición clara de lo que se conoce como impuesto indirecto. Pero, ¿cómo ha afectado este impuesto en un momento de crisis como el actual? Sólo a modo de ejemplo, en Castilla y León antes de cumplir 1 año desde la instauración del mismo, el consumo de gasóleo profesional había caído más de la mitad; esto nos lleva a atisbar uno de los problemas fundamentales que se ha derivado de este impuesto: su afectación directa no ya sobre los ciudadanos sino sobre los trabajadores autónomos o las PYMEs, contribuyendo al endeudamiento de todos ellos.

Desde el 1 de enero de 2013 y con el objetivo de corregir las deficiencias observadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea este céntimo sanitario fue modificado y quedó integrado en el tipo autonómico, que es uno de los tres tramos de los que está compuesto el nuevo IEH, junto al tipo estatal general (TEG) y el Tipo Estatal especial (TEE). El TEG es el mismo para todo el Estado y equivale a 40 céntimos por litro de gasolina 95, y a 30 céntimos por litro de gasóleo; mientras que el TEE tiene un valor de 2,4 céntimos tanto para la gasolina como para el gasóleo. Además de lo señalado es necesario sumar el 21% de IVA, y desde el 1 de enero de 2013 la parte

de biocarburantes introducida en la mezcla final se ve agravada con los mismos tipos impositivos que el combustible convencional.

Pues bien, el 27 de febrero de 2014, el Tribunal Justicia de la Unión Europea (sala tercera), en Sentencia sobre el Caso 82/12 ha declarado ilegal el céntimo sanitario instaurado en Cataluña de manera previa al 1 de enero de 2013, fecha en la que se produjo la adaptación del mismo que indicábamos previamente, por vulnerar la legislación comunitaria. El caso se plantea por una empresa de Transportes, *Jordi Besora S.L.*, contra la Generalitat de Cataluña en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reclamando la devolución de 45.600 euros que tuvo que pagar la empresa entre 2005 y 2008 por el impuesto sobre carburantes comentado. El Tribunal Superior de Cataluña plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión cuestión prejudicial, recogiendo una serie de interrogantes en relación al cumplimiento o no del artículo 3, apartados 1 y 2 de la Directiva 92/2012/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

Según especifica el artículo 3 apartado 2 de la Directiva 92/2012/CEE los hidrocarburos podrán estar sujetos a impuestos indirectos distintos del impuesto especial establecido por dicha Directiva, si, por una parte, esos impuestos indirectos persiguen una o varias finalidades específicas, y, por otra parte, respetan las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o con el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto.

En definitiva, como el propio Tribunal de la Unión ha declarado en otras sentencias⁵⁹, los dos requisitos exigidos tienen por objeto evitar que los impuestos indirectos suplementarios obstaculicen indebidamente los intercambios.

El Tribunal de Justicia de la Unión examina rápidamente el cumplimiento de ambos requisitos por el Derecho español. Al respecto, el Tribunal europeo observa que el objetivo presupuestario fijado en la norma española no es el adecuado que se deriva de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 92/2012, puesto que finalmente son las Comunidades Autónomas, en el caso concreto, la Generalitat de Cataluña, las que con los ingresos obtenidos del impuesto de

hidrocarburos han estado financiando algunas de sus competencias⁶⁰, y no garantizando como objetivo específico la protección de la salud y el medio ambiente. Es por esto que considera vulnerada la norma internacional y obliga a la Generalitat asumir el coste provocado en la empresa demandante, *Jordi Besora S.L.*

Es interesante destacar como la Generalitat de Cataluña y el Gobierno español pidieron al Alto Tribunal europeo la limitación de los posibles efectos de la sentencia que dictara en contra del impuesto de hidrocarburos, alegando las graves repercusiones económicas que una Sentencia como esta conllevaría, atendiendo a la situación de crisis económica que se atraviesa en nuestro país.

Pero el Tribunal Europeo no admite la limitación de los efectos en el tiempo de la Sentencia, aplicando la legalidad comunitaria al respecto y también rechazando los argumentos de las instancias españolas, donde destacamos aquel en que se hace referencia a la adquisición de buena fe de la convicción que dicho impuesto era conforme al Derecho de la Unión; el Tribunal de Justicia le recuerda al Gobierno de la Generalitat de Cataluña y al Gobierno de España que eso no es cierto, puesto que al margen de la Sentencia *EKW y Wein & Co* en la que se pronunciaba en un supuesto similar en el año 2000, los servicios de la Comisión emitieron en el año 2001 un dictamen previo sobre el impuesto de hidrocarburos español que concluía claramente la contradicción con la Directiva 92/2012/CEE en su artículo 3 advirtiéndoles sobre tal extremo.

Ante tal pronunciamiento se nos abre la vía de la reclamación a Estado por ingresos indebidos o responsabilidad patrimonial, pero con un importante problema: el artículo 66 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003 de 17 diciembre, establece el derecho a obtener las cantidades indebidamente abonadas a la Hacienda con una prescripción de 4 años, prescripción que se interrumpiría si previamente se hubiera planteado un proceso judicial al respecto. ¿Es aplicable esta prescripción pese a que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión parece establecer la retroactividad general al momento de implantación

⁵⁹ Sentencias del 24 de febrero de 2000, Comisión/Francia C-434/97, Rec. P. I-1129, apartado 26, y del 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & Co.*, C-437/97, Rec. I-1157, apartado 30.

⁶⁰ La Generalitat de Cataluña y el Gobierno español, apoyados por los Gobiernos griego y francés, sostienen que “los ingresos del impuesto sobre venta de hidrocarburos no se atribuirían a las Comunidades Autónomas de manera genérica para cumplir el objetivo meramente presupuestario de reforzar su capacidad financiera, sino para atender los gastos que generan las competencias transferidas en materia de sanidad y medioambiente” (considerando 26 de la STJUE, de 27 de febrero de 2014).

del impuesto? O más aún ¿qué vía deben seguir los ciudadanos-empresas que asumieron el pago del impuesto sobre la venta de hidrocarburos en una Comunidad Autónoma distinta de Cataluña? En este sentido, en el mes de marzo de 2015, el Consejo de ministros, desestimó a instancias del Ministerio de Hacienda y tras el Oficio presentado por este el 4 de marzo de 2015⁶¹, un total de 1395 solicitudes por considerar la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado en el asunto; sin embargo, la Agencia Tributaria anunciaba en el mes de junio de 2015 que ya se habían devuelto más del 68% de las peticiones realizadas y documentadas del céntimo sanitario. Una larga historia que todavía no ha finalizado.

b) La ruptura de la universalidad de la sanidad española y la asistencia sanitaria transfronteriza

En este punto es necesario no perder de vista la reforma operada por Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y seguridad de sus prestaciones –convalidado el 17 de mayo de 2012-, de la Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio por la que se dictan normas de aplicación del artículo 7 del RD 240/2007 para garantizar el reembolso de los gastos sanitarios prestados a ciudadanos europeos, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2013 y el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la Asistencia sanitaria transfronteriza.

En la primera norma mencionada, el Real Decreto-Ley 16/2012 se modificaba el artículo 3 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y el artículo 12⁶² de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, alterándose lo previsto en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, por la que se

61 Resolución del 4 de marzo de 2015, número de referencia HA/A/001776/2015.

62 La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regulaba en su artículo 12 el derecho a la asistencia sanitaria asegurando siempre la cobertura de la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, protegiendo a los menores de 18 años con la misma asistencia sanitaria que los españoles y estableciendo que las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. Además, los extranjeros que se encontraran en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual, tenían derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

producía la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública; esta última Disposición extendía el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico y no alteraba el régimen vigente para los extranjeros en atención al artículo 12 LO 4/2000 mencionada anteriormente. La disposición adicional sexta de la Ley 33/2011 entraba en vigor a partir del 1 de enero de 2012 para quienes hubieran agotado el subsidio o la prestación por desempleo y se dejaba pendiente de desarrollo reglamentario, con un plazo de seis meses, para el resto de los colectivos “atendiendo a la evolución de las cuentas públicas”.

El Real Decreto-Ley 16/2012 rompe esta universalización de la asistencia sanitaria en España y vuelve al concepto de aseguramiento, regulando la definición de asegurado y sus derechos a través del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto⁶³. Trabajadores, pensionistas, perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, como perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, o quienes hubieran agotado las mismas y se encuentren en situación de desempleo, tienen la condición de asegurado. Por otro lado, tienen la condición de beneficiarios de una persona asegurada su cónyuge o pareja de hecho, su ex cónyuge o persona separada judicialmente, siempre que tenga derecho a percibir una pensión compensatoria, y los descendientes de la persona asegurada o de su cónyuge siempre que tenga menos de 26 años o, si es mayor, una discapacidad superior al 65%. A todo ello se añade la condición de tener residencia autorizada y efectiva en España, cuestión del todo contradictoria teniendo en cuenta que otros derechos, como el derecho de huelga o libertad sindical se otorgan independientemente de la situación administrativa del extranjero.

De esta manera, la asistencia sanitaria en caso de extranjeros, sin la condición de asegurados (la mayoría en situación administrativa irregular) quedaba limitada a las situaciones de urgencia, a las mujeres embarazadas y a los menores de dieciocho años⁶⁴,

63 Por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

64 Según el propio Plan Nacional de Reformas de España 2013 (PNR) esto ha supuesto que 873.000 tarjetas sanitarias de extranjeros “no residentes” en España hayan sido dadas de baja, página 113 del PNR; pero no se ha aclarado ni siquiera a través del Plan Nacional de Reformas de España 2014 cuál ha sido el ahorro real de esta medida y su impacto sobre el Sistema Nacional de Salud.

habiéndose producido una aplicación de esta medida no uniforme, y totalmente discriminatoria según el territorio en el que se solicitase la asistencia⁶⁵.

Tras la publicación del Real Decreto 576/2013⁶⁶, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, las personas que acrediten al menos un año de residencia en España, estén empadronadas y no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, podrán firmar un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria; eso sí, se añadía un requisito de complicado cumplimiento práctico en algunas Comunidades Autónomas, el empadronamiento en algún municipio español.

Por tanto, más de 1 año sin indicaciones de cómo atender a los inmigrantes irregulares, al no existir normativa al respecto. De hecho, como pone de manifiesto el Informe de Médicos del Mundo, “Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo”⁶⁷, hasta marzo de 2014 tan solo la Comunidad Valenciana y Cantabria habían publicado la respectiva norma autonómica que establece los requisitos del convenio especial en el ámbito del sistema sanitario, con pocas o ninguna variación con respecto a la norma estatal.

En otras palabras, las 873.000 personas excluidas pueden recuperar el derecho a la asistencia si cumplen los requisitos mencionados y pagan la correspondiente cuota mensual de 60 euros o de 157 euros, dependiendo de si tienen menos o más de 65 años de edad. Unas cantidades similares a las de los seguros privados, aunque variando las exigencias: residencia previa en un caso, periodos de carencia en el otro.

En este sentido, es interesante destacar cómo la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación administrativa irregular ha sido un punto de desencuentro

65 En este sentido, es absolutamente escalofriante el “Informe REDES (Registro estatal para la denuncia de la exclusión sanitaria)”, realizado por Yo Si Sanidad Universal, y la Sociedad Madrileña de la Medicina de Familia y Comunitaria, presentado en septiembre de 2014, que pone de manifiesto la falta de coordinación y la desatención producida en los casos en que legalmente estaba prevista.

66 Por el que se establecen los requisitos básicos del convenio de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS y se modifica el RD 1192/2012.

67 Médicos del Mundo, “Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo”, Open Society Foundations, abril, 2014, p. 12.

entre las Comunidades Autónomas y el Gobierno central a partir de la reforma de 2012. Algunas Comunidades Autónomas no han aplicado semejantes restricciones, a pesar de la fuerte oposición del Gobierno central, que ha llevado a la presentación de reclamaciones judiciales por considerar la carencia de competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia⁶⁸. Nos referimos a las Comunidades de Andalucía, Principado de Asturias y Navarra⁶⁹, incluso, posteriormente, y con motivo de los cambios en el panorama político autonómico en este año, algunas Comunidades Autónomas, como Aragón, Valencia, islas Baleares y Cantabria, han anunciado medidas similares; en el mes de agosto de 2015, la actual presidenta de la Comunidad de Madrid anunciaba que los inmigrantes sin tarjeta sanitaria, es decir, aquellas personas a las que se les había retirado por cumplimiento del “salvaje” Real Decreto de 2012, la tarjeta sanitaria, a partir del 24 de ese mismo mes, abonarían sólo el 40% de los medicamentos, con recetas expendidas, y no el 100% que estaban abonando en razón de considerárseles como “transeúntes sin permiso de residencia”⁷⁰; no existen en la actualidad datos sobre la realidad práctica de esta medida.

Lo cierto es, que el caos generado por la ruptura de la universalidad y la desobediencia lógica de algunas Comunidades Autónomas, provocó que con el cambio de la titularidad de la cartera del Ministerio de Sanidad se produjera el anuncio (31 de marzo de 2015) del retorno de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular, alegando cuestiones de salud pública y practicidad, para no saturar los servicios de urgencias; asimismo se anunciaba que no se devolvería la tarjeta sanitaria pues así “se evitaba el turismo sanitario”, ignorando el titular del Ministerio una vez más qué es exactamente el turismo sanitario y achacando los problemas económicos del Sistema Nacional de Salud al

68 En este punto, es ilustrativo, cómo la Abogacía del Estado, por petición gubernamental estudiaba si las CCAA invadían competencias del Estado y vulneraban así la Constitución española. El 4 de julio de 2013, el Gobierno vasco emitió una orden para regular el procedimiento de reconocimiento de la asistencia sanitaria a quienes no tuvieran la condición de asegurado ni beneficiario del Sistema Nacional de Salud; el Gobierno central lo impugnó ante el tribunal Superior de Justicia del País Vasco, quién suspendió la tramitación del recurso.

69 La Ley foral 8/2013 de Navarra instauraba el sistema previo al RD 2012, Ley recurrida por el Gobierno central ante el Tribunal Constitucional quién, de manera cautelar, ha suspendido la Ley formal, mientras se resuelve el asunto.

70 A tales efectos, se anunciaba la creación de un nuevo código informático (DAR) para facilitar el acceso a la financiación de fármacos a personas extrajeras en situación administrativa irregular y con insuficiencia económica.

colectivo de inmigrantes, quienes, según repetidos estudios, no son grandes consumidores de asistencia sanitaria.

No podemos olvidar que el Comité Europeo de Derechos Sociales, en enero de 2014, incluía en su informe una advertencia a España, esto es; la exclusión de la asistencia sanitaria a extranjeros en situación administrativa irregular es incompatible con los Convenios internacionales suscritos por España.

Quizá haya sido este aviso y no la preocupación real por la deconstrucción del sistema sanitario español lo que ha llevado al Gobierno central a iniciar una maniobra hacia un sistema cercano al anterior a la reforma de 2012, a través de diversas reuniones entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, producidas en el mes de septiembre de 2015, con el objeto de trabajar un borrador presentado por el Ministerio, a propósito de la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación administrativa irregular.

No es tolerable, desde ningún punto de vista, el sistema actual, no solo por las variaciones según el territorio en el que se viva, sino porque arbitrariamente se está jugando con el derecho a la vida de las personas, independientemente del país de donde procedan y de la situación administrativa en la que se encuentren en nuestro territorio. La única vía posible es volver a la universalidad de la sanidad pública española.

En la segunda de las normas citadas, la Orden PRE 1490/2012 se ha modificado sustancialmente el concepto de “asegurado” de un ciudadano europeo que resida en nuestro país por un periodo superior a 3 meses y no ejerza una actividad laboral.

El 9 de julio de 2012 se aprobó la Orden PRE/1490/2012 por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El Real Decreto 240/2007 supuso la transposición en España de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los

Estados miembros. En el mencionado artículo 7 se establecían las condiciones que deben cumplirse en aquellos casos en los que un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo deseara residir en otro Estado miembro, distinto del que es originario, por un periodo superior a tres meses sin poseer contrato u oferta de trabajo; nuestra legislación exigía exclusivamente la documentación acreditativa de nacional de un país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

La Orden PRE/1490/2012 en su preámbulo manifiesta que el citado Real Decreto no incluyó en su momento la totalidad de las exigencias de la Directiva de 2004, lo cual continua el preámbulo “*ha implicado un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos, tal y como ha señalado el Tribunal de Cuentas*”.

De esta manera, en el artículo 3.2 c) de la misma Orden se incluyen los requisitos exigibles a los ciudadanos que pretendan entrar y circular libremente en nuestro país y no ejerzan una actividad laboral en España. Los requisitos pueden resumirse de la siguiente manera:

- Pasaporte o documento nacional de identidad, válido y en vigor, del ciudadano.
- Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud⁷¹.
- Disposición de recursos suficientes, para sí y para los miembros de su familia, para según la Orden “*no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su periodo de residencia*”.

Para acreditar este extremo se admiten por la propia Orden todos los medios de prueba admitidos en derecho (ingresos periódicos, sean rentas de trabajo o de otro tipo, o la tenencia de un patrimonio, títulos de

⁷¹ Se entenderá, señala la Orden, en todo caso, que los pensionistas cumplen con esta condición si acreditan, mediante la certificación correspondiente, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión.

propiedad, cheques certificados, documentación justificativa de obtención de rentas de capital o tarjetas de crédito), teniendo en cuenta que la valoración se realizará de manera individualizada, atendiendo a la situación personal y familiar del solicitante, concepto que no deja sino un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades competentes. Para mejorar la inseguridad jurídica creada por la anterior prescripción se incluye en mismo artículo 3 de la Orden como cláusula de cierre que la suficiencia de recursos para subsistir se entenderá cumplida si el ciudadano que desea entrar en España posee recursos (económicos, entendemos) superiores al importe que anualmente se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, esto es, está haciendo referencia al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

Es interesante señalar que el régimen de vigencia de la Orden PRE 1490/2012 se establece con carácter retroactivo a las solicitudes presentadas a partir del 24 de abril de 2012, creando una situación de retroactividad de disposiciones menos favorables que cuanto menos ponen en duda la seguridad jurídica de la medida.

En este sentido, es importante tener en cuenta que España sólo emite facturas por un total de 103.672 pensionistas a sus países de origen, mientras que según el Instituto Nacional de Estadística, el número de pensionistas extranjeros empadronados en España alcanza los 231.364, lo cual arroja una diferencia de 127.692 personas por las que España no recibe ninguna cuota; y que, según el informe del Tribunal de Cuentas de marzo de 2013, al que el preámbulo de la Orden PRE 1490/2012 hace referencia, las Comunidades Autónomas en general están facturando por debajo del coste real los servicios sanitarios prestados a ciudadanos no residentes en España, siendo la pérdida en 2009 de 915 millones de euros.

Sin embargo, la Orden PRE 1490/2012 desvía la atención real del Informe del Tribunal de Cuentas del año 2013 y utiliza el mismo sin especificar el motivo real de esa erosión económica del sistema sanitario -que sí es puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas- para dictar una disposición que plantea, al menos, la problemática siguiente: ¿la restricción a la libre circulación de personas extranjeras en nuestro territorio es vulneradora de la libertad de trabajo?

No está de más recordar que el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 16 julio 2012, ha

acordado admitir a trámite dos recursos de inconstitucionalidad contra los artículos el Real Decreto-Ley que hace referencia a estas cuestiones.

La penúltima modificación a destacar viene de la mano de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2013, publicada en el BOE el 26 de diciembre que modifica, entre otras normas, el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad social, incorporando una nueva disposición adicional, la sexagésima quinta, que en su apartado segundo hace depender el mantenimiento de las prestaciones sanitarias a la residencia en territorio español, especificando cuando se entiende que existe dicha residencia, *a sensu contrario*, esa residencia se perderá cuando el ciudadano resida en el extranjero por un periodo superior a 90 días.

En resumen, la modificación legislativa al vincular el derecho de asistencia sanitaria -derecho humano, no lo olvidemos- al hecho de la residencia en nuestro territorio implicará que los residentes en el extranjero que no coticen en España, trabajen o no en el país donde viven, perderán su derecho a la asistencia sanitaria en España transcurrido un plazo de 90 días ininterrumpidos fuera de nuestro territorio, salvo que el ciudadano curse estudios homologados o becados en el extranjero.

Al margen de los problemas legales -y, por qué no, éticos, que esta medida puede generar- tengamos en cuenta que según un estudio realizado por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud y promovido por la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), presentado en el mes de febrero de 2014⁷², casi la mitad de los jóvenes españoles (48,6%) de entre 18 y 24 años aceptaría cualquier empleo, en cualquier lugar y con sueldo bajo, y el 61,7% considera muy probable tener que irse al extranjero para encontrar trabajo, lo que no significa que finalmente lo encuentren.

La última norma a tener en cuenta es el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el RD 1718/2010 de 17 de diciembre sobre receta médica y órdenes de dispensación. El Real Decreto realiza la trasposición de la Directiva 2011/24/UE de 9 de marzo de 2011 y la Directiva de ejecución 2012/52/UE de 20 de diciembre de 2012 por el que se establecen

⁷² Estudio presentado con el título de “Crisis y contrato social: Los jóvenes en la sociedad del futuro”, una investigación basada en un millar de entrevistas, febrero 2014.

medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro.

El nuevo escenario que plantea es liberalización del sector de los servicios sanitarios, puesto que se puede prestar asistencia sanitaria a un ciudadano de otro Estado miembro de la UE, Suiza o del EEE, en cualquiera de los centros públicos o privados existentes en nuestro país –asumiendo su país de afiliación el coste real de la asistencia prestada- y porque en nuestro caso, cualquier ciudadano que tenga la condición de asegurado en nuestro país puede asimismo beneficiarse de la asistencia sanitaria de otro país, reclamando posteriormente los costes de la misma, hasta donde hubiera asumido el Sistema Nacional de Salud y la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma de haberse dispensado aquí la asistencia o prestación médica.

El RD 81/2014 no implica el derecho de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza, porque ésta ya existía y se estaba ejerciendo por parte de los pacientes a través de los Reglamentos de coordinación de la Seguridad social y, en último caso, a través de las demandas presentadas al Tribunal de justicia de la UE.

No se trata en este caso de explicar qué es el derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza ni quiénes serán los beneficiarios de la misma y bajo qué condiciones, sino solamente de apuntar que, pese a que el RD mismo finaliza su articulado con la expresión de que la implantación de las normas en él contenidas no deben suponer un incremento del gasto sanitario, el impacto económico y asistencial que puede afectar a nuestra sanidad no debe pasarnos desapercibido. Por una parte, las cargas administrativas y asistenciales para las Comunidades Autónomas derivadas de los procedimientos de evaluación, autorización previa y reembolso de gastos cuando un ciudadano asegurado español reciba asistencia sanitaria transfronteriza se prevén en 4 millones de euros según la propia Memoria de impacto del Gobierno sobre el proyecto de RD presentada el 19 de diciembre de 2013. Pero, por otra parte, no podemos olvidar que es España es un destino prioritario de turismo europeo, que nuestra sanidad es de una altísima calidad en Europa y que tiene unos costes de asistencia relativamente bajos comparados con los países emisores de turismo hacia España, Alemania y Reino Unido, por lo que es un lugar fuertemente atractivo para desplazarse y recibir asistencia sanitaria. Sin embargo, si no facturamos como debemos, gestionando adecuadamente la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos residentes

en Europa, entonces sí continuaremos con nuestro problema de turismo sanitario y nuestro agujero en las cuentas del sistema sanitario, atribuible exclusivamente a nuestra deficiente administración y a no a otros supuestos analizados previamente.

4. CONCLUSIONES

A partir de un determinado nivel de gasto sanitario no aumenta la salud de la población; puesto que la salud está muy influenciada por estilos de vida, el ambiente, el desarrollo socioeconómico, educativo, la carga genética y en menor medida la asistencia sanitaria. Pero si bien esto es cierto, también lo es que el gasto sanitario no sólo se destina a la curación sino a la prevención de la enfermedad, promoción de la salud⁷³, atención socio-sanitaria o planificación, gasto que tampoco puede hacerse recaer sobre el ciudadano el coste de su salud y de su bienestar. Y menos condicionar la prestación sanitaria a la suficiencia de recursos cuando se trata de un derecho universal.

Asimismo, la disminución salarial del personal sanitario, al margen de que implique una falta de consideración hacia el personal dedicado a la atención de la salud, puede suponer un riesgo para la salud de los ciudadanos, menos recursos, menos salarios, más horas de trabajo para el personal y, por tanto, mayor factor de riesgo para la salud.

La principal ventaja que nos ofrece el copago sanitario estaría en limpiar las deudas del sector sanitario de España, debido a diversas causas que no son objeto de la presente investigación.

De esta forma, se podría ahorrar según el Ministerio de Sanidad en servicios médicos no imprescindibles⁷⁴ y destinar este dinero en otras funciones más importantes del sector, como la construcción de nuevos hospitales o renovar el equipamiento médico

73 En este sentido, Guerrero Fernández, M., “El paciente activo ante su salud, el envejecimiento poblacional y la ética en el sector sanitario”. Discurso de entrada como Académico correspondiente. 11-12-2012. Academia de Farmacia Santa María de España, de la Región de Murcia. También en este sentido, OCDE, Health at a Glance Europe 2012. Accesible en www.oecd.org/els/healthpoliciesanddata/HealthAtAGlanceEurope2012.pdf

74 En este sentido, puede verse, Sociedad Española de directivos de la Salud (SEDISA) “Declaración sobre las reformas sanitarias en España y las Comunidades autónomas”, hay tasas de hospitalización innecesarias en tono a 10-20%, pruebas y tratamientos innecesarios 30%. P. 3 http://www.sedisa.net/arcivosweb/Tue2013082775831declaracion_sedisa.pdf

de los centros de salud y hospitales⁷⁵. Sin embargo la primera objeción que, desde mi punto de vista, existe a este argumento es el hecho de quién adoptará la decisión sobre qué es imprescindible y que es más o menos importante, puesto que a nivel de derechos de los ciudadanos cualquier servicio sanitario ocuparía el mismo grado.

Por otra parte, y tal como han indicado diferentes especialistas, el copago sanitario no se crea con ánimo de ingresar más dinero en las arcas del Estado, sino afirman es una forma de luchar contra el mal uso del sistema sanitario público en España y disminuir el colapso actual; de tal manera, que consideran que el uso del copago en nuestro país provocaría que los pacientes sólo acudieran al médico en casos realmente necesarios, disminuyéndose también el abuso de consumo de medicamentos, no sólo por el efecto dañoso sobre el paciente sino por el coste extra que supone al Estado. En este sentido, según un Estudio realizado por el diputado socialista Martínez Olmos de los servicios sanitarios entre Murcia y Granada, se observa que en la provincia andaluza con un sistema de receta electrónica que asegura que los jubilados no paguen más que el tope fijado por el Real Decreto examinado, los jubilados recogen sus medicamentos; mientras que en Murcia, la recogida de fármacos ha disminuido por parte de este colectivo, por miedo al desembolso y la dificultad de exigir el reembolso de la Administración.

En otro orden de cosas, cualquier decisión en forma de impuesto tiene también su cara negativa, y en el caso del copago sanitario no se cumple la excepción. Si miramos por el interés del paciente, es evidente que el inconveniente estará en tener que pagar una cantidad de dinero por unos servicios que hasta la fecha ya son pagados por los ciudadanos (renta sobre el trabajo y otros impuestos), produciéndose un doble pago o doble imposición. Aunque se ha puesto de manifiesto por parte del Ministerio de Sanidad que en muchos casos este impuesto reduciría el uso de los servicios médicos en situaciones poco necesarias, también es verdad que provocaría que numerosos pacientes dejaran de ir al médico por enfermedades que pueden llegar a ser graves, con el resultado que a la postre, la intervención médica para esos pacientes

saldría mucho más cara al requerir de un tratamiento más elevado de tiempo y, por consiguiente, de precio; e igual situación se da con el uso de los medicamentos, es decir, la prevención eliminaría problemas más graves en el futuro. En definitiva, empeoramiento de las patologías crónicas cuyo control periódico se distancia y deterioro de la salud de los sectores de población con menos recursos.

La prestación gratuita de los servicios y el copago de parte de ellos por los usuarios coexisten como hemos visto en los sistemas de salud de la mayoría de los países de la Unión Europea, pero las principales críticas a su implantación son: su incidencia sobre la equidad, al limitar la igualdad de acceso, y que su utilidad se puede aceptar como fórmula parcial de financiación, pero no como mecanismo que mejore la eficiencia en la asignación de los recursos. La experiencia de países con la implantación del copago ha revelado que efectivamente disminuye el consumo, si bien a costa de importantes pérdidas en el reparto equitativo.

Algunos sectores⁷⁶ plantean que las posibles pérdidas de equidad son compensadas por una mayor eficiencia al eliminar excesos de consumo superfluos, pero es difícil determinar si el copago únicamente eliminaría la demanda excedente o por el contrario afectaría la demanda básica de servicios de salud, repercutiendo negativamente en la salud de los consumidores de menores rentas.

Asimismo no perdamos de vista el RD 81/2014 y el impacto no deseado que sobre nuestra sanidad – aumento de las listas de esperas, por ejemplo– puede tener la asistencia sanitaria transfronteriza, tanto si somos Estado de afiliación como si somos Estado de tratamiento.

En otro orden de cosas, ¿Qué sentido tiene la restricción de acceso a la asistencia sanitaria a extranjeros comunitarios y no comunitarios desde un punto de vista económico, o sanitario, o legal, o ético? Es cierto que en la mayoría de los países de la Unión Europea hay restricciones de acceso al sistema sanitario para personas inmigrantes indocumentadas similares a las establecidas en España a partir de 2012,

75 La existencia de mejoras en procesos sanitarios es posible según Peiró, S.; Artells, J.J.; Meneu, R., identificación y priorización de actuaciones de mejora de la eficiencia en el sistema nacional de Salud, *Gaceta sanitaria* 2011; 25:95-105. www.elsevier.es/es/revistas/gaceta-sanitaria-138/identificación-priorización-actuaciones-mejora-eficiencia-sistema-nacional-90003170-originales-2011

76 En cuanto a instrumentos y herramientas para que cada modelo de gestión en España tenga la máxima eficiencia una propuesta se encuentra en SEDISA (Sociedad Española de directivos de la Salud), Compromiso de SEDISA con la sostenibilidad y las reformas de los servicios sanitarios públicos. Todo hospital nº 274, 2012, pp. 27-32. Accesible en www.riberasalud.com/ftp/biblio/2210201210112118-10%20dos%20Sedisa.pdf

y que son minoría los países que permiten un acceso completo (Francia, Holanda, Suiza, Portugal), sin embargo ¿es legítimo restringir un derecho humano en atención a las circunstancias administrativas de la persona y su lugar de nacimiento?

Es necesario recordar en este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 establece en su artículo 35 que *“toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al transcribirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”*.

¿Se ajustan estas restricciones al derecho a la salud, universalmente entendido? Lamentablemente, parece que no.

PRINCIPIO DE FINALIDAD Y USOS SECUNDARIOS DEL MATERIAL BIOLÓGICO DE ORIGEN HUMANO EN LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA¹

Cecilia Gómez-Salvago Sánchez
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Principales estructuras en las que se desarrolla la investigación con muestras biológicas humanas en España; 3. Los usos secundarios del material biológico sometido al régimen organizativo de un Biobanco de investigación: 3.1 Situación especial para muestras preexistentes; 3.2. Imposibilidad de obtener nuevo consentimiento o que represente un esfuerzo no razonable; 3.3. Material biológico de personas fallecidas.

RESUMEN

La Ley española 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica según declara en su Exposición de Motivos- surgió de la necesidad de disponer de un marco normativo adecuado que diera respuesta a los nuevos retos científicos de la investigación biomédica, al tiempo que garantizara la protección de los derechos de las personas afectadas por la acción investigadora, respetando plenamente la dignidad e identidad humanas y los derechos inherentes a la persona. Así se expresa su Exposición de Motivos. Uno de sus objetos, declarado por ella es la regulación de los Biobancos.

En desarrollo de la disposición final tercera de la LIB, se ha aprobado recientemente el RD 1716/2011, de 18 de noviembre, que establece los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los

Biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y que regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.

De esta normativa básica, podemos destacar dos principios fundamentales en la investigación biomédica que sirven a la protección de la persona en lo que al material biológico de origen humano se refiere: el principio de finalidad y el principio del consentimiento informado del sujeto fuente. Ambos están necesariamente conectados. El material biológico de origen humano sólo puede ser tratado en la actividad investigadora para la finalidad para la que el sujeto fuente hubiera dado su consentimiento. Este es el principio base. No obstante, existen determinados usos, llamados secundarios, que suponen una desviación de esa finalidad y principio, en tanto en cuanto el material biológico objeto de la investigación se destina a usos distintos a los previstos inicialmente por el sujeto fuente, claro está que en los supuestos

¹ Este trabajo se realiza en el marco del grupo de investigación "El Derecho Privado entre la técnica y la comparación: Persona, Familia y Patrimonio ante los retos del s.XXI" (SEJ-552).

y con las cautelas previstas por el legislador. Delimitar estos supuestos es el objetivo último de estas páginas. Para alcanzarlo se impone la tarea previa de exponer las estructuras en las que se desarrolla la investigación con muestras biológicas humanas en España. Sólo así podrá comprenderse que la flexibilidad del principio finalista en los llamados usos secundarios permitidos sólo actúa cuando el tratamiento de las muestras se lleva a cabo en un Biobanco de investigación y su razón de ser.

PALABRAS CLAVE

Muestras biológicas humanas, Biobancos de investigación, Principio de finalidad, Usos secundarios.

1. INTRODUCCIÓN

El consentimiento del sujeto fuente es un elemento imprescindible para el tratamiento del material biológico en la actividad investigadora. La obtención del material biológico de origen humano con fines de investigación sólo puede realizarse cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente; además, es un principio de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) que el consentimiento del sujeto fuente sea también cuando se pretenda utilizar dicho material para fines distintos de aquéllos consentidos inicialmente, y que cualquier utilización secundaria del material biológico humano deba ir acompañada de una específica manifestación de voluntad, libre y consciente de la persona involucrada². También el tratamiento de los datos personales asociados a las muestras biológicas –que junto con la muestra física forma parte del concepto «material biológico de origen humano»– está sometido al principio de finalidad, lo que trasladado a este campo de la investigación biomédica con material biológico de origen humano, significa informar –y consentir– que el uso que se pueda efectuar con el mismo deba ser acorde con lo que se hubiera consentido. No obstante, existen determinados usos, llamados secundarios, que suponen una desviación de esa finalidad y principio, en tanto en cuanto el material biológico objeto de la investigación se destina a usos distintos a los previstos inicialmente por el sujeto fuente, claro está que en los supuestos y con las cautelas previstas por el

legislador. Delimitar los supuestos en los que existe una desviación de los principios generales (finalidad y consentimiento) para la utilización de muestras biológicas con fines de investigación biomédica es el objetivo de estas páginas.

Desde la perspectiva general de los datos personales, el principio de finalidad procede de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los datos personales (en adelante LOPD), y –junto con el principio del consentimiento del interesado– constituye una importante fuente de legitimación para el tratamiento de los datos personales en general³.

De acuerdo con el art. 4 LOPD, “1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos *en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*. 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento *no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos*. ... “[cursiva mía]. El art. 8.3 del reglamento de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RLOPD) desarrolla este principio de calidad de los datos, complementado con lo dispuesto por el art. 9.1.

Si la perspectiva del fin consentido se traslada al ámbito de la investigación biomédica con materiales biológico de origen humano, según cuáles fueran los fines para los que se extrajera la muestra-dato, –dependiendo de que el material se obtuviera para su “tratamiento” en un proyecto de investigación concreto, o línea de investigación biomédica más general–, y el ámbito organizativo de procedencia de las muestras –según que el material biológico se encuentre o no sometido al ámbito y régimen de un Biobanco de investigación (en adelante Biobanco)–,

³ Jesús Rubí Navarrete, “Impacto del nuevo Real Decreto de Biobancos. Cuestiones Prácticas. Protección de Datos y gestión de ficheros”, ponencia presentada el 6 de febrero de 2012 en las *Jornadas sobre El impacto del RD nacional sobre Biobancos*, Madrid 6 febrero 2002, organizadas por el Instituto Roche.

Se pueden ver estas ideas en la ponencia presentada en Oviedo, 5 marzo 2012, “Bases de datos en Biobancos y cumplimiento de la LOPD”, dentro de las Jornadas “Los Biobancos y su regulación en las Comunidades Autónomas”, [file:///C:/Users/Cecilia/Downloads/20120305%20BD%20EN%20BIOBANCOS%20Y%20CUMPLIMIENTO%20LOPD%20\[Jes%C3%BAs%20Rub%C3%AD\]%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Cecilia/Downloads/20120305%20BD%20EN%20BIOBANCOS%20Y%20CUMPLIMIENTO%20LOPD%20[Jes%C3%BAs%20Rub%C3%AD]%20(2).pdf)

Acceso en Julio 2015.

² Permítasenos remitir a mi trabajo sobre “Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora”, en *ADC*, Tomo LXVII (2014), fasc.1, pp. 11-79, en particular p. 57 y concordantes.

resultan dos estructuras jurídicas distintas de la investigación biomédica en España.

En España, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) ha establecido los criterios para la utilización de las muestras-datos en el ámbito de la investigación biomédica atendiendo a su finalidad. La finalidad de la investigación pasa por distinguir dos situaciones: a) La primera, que el material biológico esté fuera del ámbito organizativo de un Biobanco; en este caso, las muestras-datos obtenidas bien para su tratamiento o utilización en un proyecto de investigación concreto, bien para líneas de investigación biomédica más generales, sólo podrán ser utilizadas para el proyecto concreto, o para la línea que conste en el documento de consentimiento, necesiéndose nuevo consentimiento del sujeto fuente para ser utilizadas en otros proyectos o líneas de investigación. b) La segunda, que el material biológico esté sometido al régimen de organización de un Biobanco, en cuyo caso, podrá “utilizarse para cualquier investigación biomédica en los términos que prescribe la Ley 14/2007, de 3 de julio, ...”, siempre que lo hubiese consentido el sujeto fuente (art. 22.2.a).

Un Biobanco, como ya es sabido, no es sólo lo que define el legislador “establecimiento, público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, organizadas como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino, con independencia de que albergue muestras con otras finalidades” (ver art. 2.b RLIB).

Para su comprensión es obligado conocer –valga la redundancia de conocimientos– el régimen del almacenamiento de las muestras biológicas que en ellos se depositan, por la razón de que dicho régimen determina la mayor o menor flexibilidad de las usos futuros. Sólo así será posible entender las diferencias de las muestras biológicas depositadas en estos “establecimientos” con las otras muestras coleccionadas igualmente con un propósito científico e investigador, pero que no se someten al ámbito organizativo de un Biobanco. También estas últimas –repetimos– constituyen conjuntos ordenados y con vocación de permanencia de muestras biológicas de origen humano; y también estas muestras gestionadas para proyectos concretos o para colecciones permiten la desviación de los principios de

consentimiento y finalidad; pero no están sometidas a las normas de organización y régimen de funcionamiento de un Biobanco⁴, lo que los dota de menor flexibilidad.

2. PRINCIPALES ESTRUCTURAS EN LAS QUE SE DESARROLLA LA INVESTIGACIÓN CON MUESTRAS BIOLÓGICAS HUMANAS EN ESPAÑA

En España, el material biológico sometido al régimen de Biobanco puede “utilizarse para cualquier investigación biomédica en los términos que prescribe la Ley 14/2007, de 3 de julio, ...” (art. 22.2.a LIB); en cambio, el material biológico de investigación situado fuera de estas organizaciones, sólo podrá ser utilizado para el proyecto concreto, o para la línea que conste en el documento de consentimiento, salvo claro está que el sujeto fuente del que proceda la muestra otorgue nuevo consentimiento para los nuevos usos de las muestras distintos del inicialmente previsto.

Como hemos dicho y repetido, de esto se deduce que existen dos grandes y diferentes estructuras en las que se desarrolla la investigación biomédica con muestras biológicas humanas en España, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Reglamento de la LIB, aprobado por RD 1716/2011, de 18 de noviembre, que establece los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los Biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y que regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (en adelante RLIB).

Por un lado se encuentra “el régimen general para el tratamiento de muestras biológicas de investigación biomédica” y, por otro, “un régimen específico que ha de aplicarse cuando este tratamiento se lleva a cabo en un Biobanco”, aunque en ambos casos “se insiste en la vinculación a los principios establecidos en la Ley 14/2007, de 3 de julio, con un énfasis especial en la necesidad de consentimiento

⁴ Para los conceptos de material biológico de origen humano (muestras físicas más datos genéticos asociados a la misma), vid Gómez-Salvago Sánchez, “Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora”, en *ADC*, Tomo LXVII (2014), fasc.1, pp. 11-79, en particular epígrafe III.1, con la bibliografía específica que allí se menciona.

expreso y escrito para la obtención y utilización de las muestras, ...”. Resultan así las estructuras de desarrollo de la investigación biomédica con muestras biológicas humanas en España, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del RLIB: el régimen general para el tratamiento de muestras biológicas de investigación biomédica y el régimen específico que ha de aplicarse cuando este tratamiento se lleva a cabo en un Biobanco. En uno y otro supuesto, la obtención y/o derivación de muestras biológicas humanas con fines de investigación sea cuál sea su ámbito organizativo debe estar autorizada por un Comité de Ética de la Investigación, además de contar con un consentimiento informado específico correspondiente a la finalidad para la que se quieren tratar las mismas. A partir de aquí, las diferencias se acentúan.

La distinción, establecida en la propia Exposición de Motivos del RLIB, venía marcada en el artículo 70.2 LIB, que diferenciaba “entre el régimen aplicable a las colecciones de muestras y a los Biobancos, ...”, justificando la diferencia “por las características particulares de estos establecimientos, entre las que destaca su vocación de servicio público, para poner a disposición de la comunidad científica el material biológico necesario para la investigación en unas óptimas condiciones que aseguren la competitividad y excelencia de la investigación en España”.

Para el legislador, la vocación de servicio público es la característica principal de los Biobancos, su razón de ser, y de ahí la estructura que diseña para los mismos; para ello fomenta a lo largo de su articulado el logro de sus fines propios, y entre estos, como una de sus principales manifestaciones o razón de existir, la de facilitar a los investigadores el acceso a las muestras biológicas que se encontraban dispersas en colecciones o en Biobancos de hecho, ya existentes por todo el territorio nacional.

1.- Para centrar el tema, conviene tener en cuenta, en primer lugar, que el interés de la LIB y su RLIB, en lo que ahora interesa, está dirigido a las muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica. Por no tener estos fines, están fuera de su ámbito de interés las colecciones de material biológico de origen humano para usos exclusivamente personales.

Se trata de muestras biológicas almacenadas y conservadas por una persona física para usos personales, en el sentido de usos no comerciales ni de investigación. Estas colecciones, definidas en los términos señalados por el art. 2.h) RLIB⁵, caen fuera de su ámbito, porque su finalidad viene marcada por la ausencia de actividad investigadora, así como de actividad profesional y/o económica.

No obstante, aunque estas colecciones “personales” no se rigen por el RLIB, sí les resulta aplicable la legislación sobre protección de datos de carácter personal –ver art. 3.2.a) RLIB–, de manera que los datos personales asociados a estas muestras sólo podrán ser objeto de tratamiento en cuanto se haga de manera adecuada, pertinente y no excesiva en relación con el fin para el que se hayan obtenido; por esta razón, nunca podrán usarse para fines incompatibles (como son la investigación, la actividad profesional o económica). El principio de finalidad, que impone que las muestras biológicas y su datos asociados deban tratarse en la actividad investigadora exclusivamente para los fines legitimados por el consentimiento de la persona, aplicado a estas muestras obtenidas para usos exclusivamente personales, significa que sólo pueden destinarse a estos fines, y que tienen prohibido el tratamiento para fines de investigación, para actividades profesionales o económicas. Se rigen pues por el principio estricto de finalidad de la LOPD, aunque no caigan bajo el manto de la LIB [ver Figura 1 en página 130].

2.- El material biológico de origen humano destinado a la investigación, sometido por ello al manto regulador de la LIB, puede convivir almacenado en un Biobanco, entendido como espacio físico, o fuera de él. En el primer caso, en el Biobanco –entendido ahora como espacio físico– pueden convivir muestras o colecciones sometidas a diferentes regímenes jurídicos, pues pueden tener colecciones en régimen de Biobanco, o no sometidas a este régimen, aunque físicamente almacenadas en él.

5 Aparecen definidas por el art. 2.h) RD 2011: “Colección de muestras biológicas de origen humano mantenidas para usos exclusivamente personales”: colección de muestras biológicas de origen humano mantenida por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales distintas de la investigación biomédica. Se considerarán actividades exclusivamente personales las realizadas fuera del ámbito del ejercicio de cualquier actividad profesional o económica”.

En todo caso, cuando el material biológico no está sometido al ámbito organizativo del Biobanco, con independencia de dónde se encuentre almacenado, su finalidad investigadora puede ser la de proyectos concretos o líneas de investigación; en ambos casos, presenta un régimen rígido en cuanto a su tratamiento, no flexible, pues en modo alguno puede destinarse a fines investigadores diferentes. El consentimiento del sujeto fuente legitima el tratamiento de los datos sólo para el proyecto concreto que consintió, o para la línea de investigación. En consecuencia, la utilización de las muestras en otros proyectos o líneas de investigación distintas exige un nuevo consentimiento del sujeto fuente (art. 22 RLIB); de ahí también que no exista legitimación para la cesión de los datos a otros proyectos de investigación sin dicho consentimiento. No obstante, el art. 27 se anticipa a prever el destino de las muestras una vez finalizada la investigación o el proyecto de investigación concreto haciendo figurar en el documento de consentimiento informado varias opciones de destinos posibles, para que el sujeto fuente consienta específicamente en alguno de ellos.⁶

En estas colecciones, la responsabilidad por el buen uso de las muestras será de cargo del investigador responsable principal del proyecto, línea o responsable médico de la colección asistencial. Y en el caso de que estas colecciones de muestras se encuentren almacenadas en el Biobanco –normalmente a cambio de una contraprestación–, el papel

6 Dichos destinos pueden ser: 1. La destrucción de la muestra. 2. La anonimización para usos posteriores. 3. La posterior cesión gratuita a un Biobanco. 4. La posterior utilización de la muestra para una línea de investigación relacionada con la inicialmente propuesta, incluso por un tercero, con la advertencia de que, en este último caso, se solicitará el consentimiento específico del sujeto fuente para ello (idem el art. 22.2.c). En este supuesto deberán depositarse en un Biobanco o comunicarlo al Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica en su caso.

En el caso de muestras de colecciones fuera del ámbito organizativo de un Biobanco y de muestras de proyectos, es necesario indicar el destino final de las muestras en el consentimiento (bien la destrucción, anonimización, incorporación a colección o a Biobanco) según lo dispone el art. 23.2.p) RLIB.

La rigidez en el destino del material biológico es la causa de que el sujeto fuente sea informado y opte en el documento de consentimiento informado por uno de los destinos de los excedentes de la muestra una vez finalizado el proyecto; como hemos señalado, puede ser la destrucción de la muestra, la anonimización para usos posteriores, o bien su incorporación o depósito a un Biobanco o a otra colección fuera del ámbito de un Biobanco –estas dos últimas opciones exigen la comunicación al Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica, en su caso.

de éste es el que corresponda por el apartado técnico del procesamiento y almacenamiento de las muestras, pero no la derivada del acceso y tratamiento de las muestras para fines no consentidos; tampoco asume el Biobanco la responsabilidad de registrar las colecciones en el Instituto de Salud Carlos III. Lo deseable, en estos casos, para deslindar con claridad las responsabilidades, será firmar un acuerdo entre las partes interesadas implicadas (el Biobanco y el responsable principal de la colección), para fijar y deslindar funciones y responsabilidades, incluso cuando el Biobanco se encuentre en el mismo centro hospitalario en que el que se lleve a cabo el proyecto, estudio o ensayo de investigación [ver Figura 2 en página siguiente].

3.- El material biológico almacenado e incorporado al régimen organizativo de un BIOBANCO podrá utilizarse para cualquier investigación biomédica siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento en estos términos –art. 22.2.a) RLIB 2011–. Es aquí donde marcadamente se aprecian las diferencias entre los BIOBANCO y las colecciones de muestras, al flexibilizarse el principio de finalidad como base que legitima el tratamiento de los datos personales en el ámbito de la actividad investigadora biomédica.

Esta flexibilidad tiene tres manifestaciones principales: 1ª. La admisibilidad del llamado consentimiento informado abierto del sujeto fuente, que puede otorgarse para que el material pueda ser utilizado en cualquier investigación biomédica. 2ª. La admisibilidad de la cesión a terceros de las muestras solicitadas al Biobanco, porque si éste debe cumplir con su vocación de servicio público, es imprescindible que el consentimiento inicial del sujeto fuente incluya la cesión de las muestras en términos amplios, sin necesidad del consentimiento expreso del sujeto fuente para cada cesión⁷. 3ª. Por último, la flexibilidad repercute en la posibilidad de tratamiento del material biológico para usos secundarios en los casos previstos por la Ley. De este punto pasamos a ocuparnos [ver Figura 3 en página siguiente].

7 Seguimos a Jesús Rubí Navarrete, Impacto del nuevo Real Decreto de Biobancos. Cuestiones Prácticas. Protección de Datos y gestión de ficheros, ponencia presentada el 6 de febrero de 2012 en las *Jornadas sobre El impacto del RD nacional sobre Biobancos*, organizadas por el Instituto Roche.

Figura 1. Principio de finalidad.**Colección de material biológico de origen humano para usos exclusivamente personales**

LOPD	LIB
Legitimación conforme al principio de finalidad Art. 4 LOPD Art. 8.9 RLOPD	Las colecciones mantenidas para usos exclusivamente personales se rigen por el principio de finalidad. Según LOPD y RLOPD, prohibido el tratamiento para fines de investigación, para actividades profesionales o económicas.

Figura 2. Principio de finalidad. Material biológico conservado para su utilización en un proyecto de investigación concreto fuera del ámbito organizativo de un Biobanco

LOPD	LIB
Principio de finalidad	<p>a) Colecciones de muestras conservadas exclusivamente en un proyecto concreto</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilización en dicho proyecto ✓ Nuevo consentimiento para otros proyectos o líneas de investigación <ul style="list-style-type: none"> • Rigidez del principio finalista • Exclusión del ámbito organizativo del BIOBANCO • Conservación hasta la finalización del proyecto • Exclusión de la cesión • Elección de destinos de las muestras una vez finalizada la investigación o el proyecto concreto en el documento de Consentimiento informado <p>b) Conservación como colección para fines de investigación biomédica fuera del ámbito del Biobanco</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Finalidad que consta en documento de consentimiento ✓ Nuevo consentimiento expreso para otra finalidad

Figura 3. Flexibilidad del principio de finalidad para el material biológico almacenado en un Biobanco

LOPD	LIB
Flexibilidad del principio de finalidad	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilización en cualquier investigación biomédica (con consentimiento del sujeto fuente) ✓ Posible cesión a terceros ✓ Posibles Usos secundarios sin consentimiento –expreso- del sujeto

3. LOS USOS SECUNDARIOS DEL MATERIAL BIOLÓGICO SOMETIDO AL RÉGIMEN ORGANIZATIVO DE UN BIOBANCO DE INVESTIGACIÓN

La expresión “uso secundario” de muestras-datos se refiere a «usar los datos en una manera diversa del propósito original, para el cual el consentimiento original no estaba previsto»⁸. Como se ha expuesto, en el presente trabajo se van a plantear los supuestos de utilización de muestras sin consentimiento para el caso de gestión en el marco de Biobancos, sin perjuicio de que estas opciones existan también para la utilización de muestras en proyectos concretos o en colecciones. Como dijimos la flexibilidad en el principio de finalidad del material biológico sometido al régimen organizativo de un Biobanco de investigación significa la posibilidad de tratamiento del material biológico para usos secundarios sin consentimiento expreso del sujeto fuente. Los supuestos son tres: que se trate de muestras preexistentes a la entrada en vigor de la LIB; que sea imposible obtener el nuevo consentimiento o que éste represente un esfuerzo no razonable; y por último, la situación especial para las muestras de personas fallecidas.

3.1 Situación especial para muestras preexistentes

Cuando las muestras se hayan obtenido con fines asistenciales antes de la entrada en vigor de la ley, la Disposición Transitoria 2ª LIB prevé que puedan tratarse esas muestras, aunque estén codificadas o identificadas, para fines de investigación biomédica sin que conste el consentimiento del sujeto fuente; eso sí, es necesario que la obtención de dicho consentimiento represente un esfuerzo no razonable –en el sentido que se indica en el párrafo i) del artículo 3 LIB–, o no sea posible porque el sujeto fuente hubiera fallecido o fuera ilocalizable⁹. Este supuesto era el único que

⁸ P3G Observatory, Lexicon, online : www.p3gobservatory.org/lexicon/list.htm

⁹ Disposición Transitoria 2ª LIB. “Muestras almacenadas con anterioridad. Las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán ser tratadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas. No obstante, podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento represente un esfuerzo no razonable en el sentido que se indica en el párrafo i) del artículo 3 de esta Ley, o no sea posible porque el sujeto fuente hubiera fallecido o fuera ilocalizable. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo,

inicialmente estaba previsto en el Proyecto de LIB, precisamente para dar salida a las muestras que se encontraban dispersas por el territorio nacional, recogidas seguramente en el ámbito asistencial, dándoles salida favorable a la investigación. En este propósito se inspiró la Disp. Transitoria 2ª LIB.

Se impone como garantía la necesidad de dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una investigación de interés general.
- b) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
- c) Que no conste una objeción expresa del mismo.
- d) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.
- e) Que la investigación se lleve a cabo en el mismo centro”.

La citada Disposición contempla, pues, la posibilidad de que se presuma el consentimiento dejando que sea el Comité de Ética de la Investigación del Centro correspondiente el que decida su uso para la investigación, en atención al interés general de la propia investigación, siempre que el proyecto que solicita los datos reúna las condiciones exigidas por la norma.

Por otra parte, cuando se trata de muestras anonimizadas, no es necesario consultar al Comité de Ética de Investigación del Centro, según la Disposición Transitoria 2ª LIB, aunque pueda ser recomendable. Sí, en cambio, cuando están codificadas o son identificables los datos del sujeto fuente; pero también en estos casos los escenarios pueden ser dos: (1). Que la colección de muestras fuera recogida con un consentimiento informado, por ejemplo, para un proyecto de investigación fuera del ámbito del BIOBANCO. (2) Que la colección de muestras fuera recogida sin consentimiento informado.

los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una investigación de interés general.
- b) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
- c) Que no conste una objeción expresa del mismo.
- d) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal”.

En el primero (1), la Disposición Transitoria 2ª permite su incorporación directa al Biobanco, porque el sujeto dio su consentimiento para usarla para investigación aunque se recomienda solicitar a su Comité de Ética externo la aprobación de la incorporación. Y es que pasar de un consentimiento específico a otro genérico sin que un Comité de Ética de la Investigación emita su dictamen favorable es ir demasiado lejos. No obstante, como, al menos, en esta hipótesis sí hubo consentimiento específico para la investigación, el papel del Comité será de simple revisión del consentimiento existente.

En el supuesto de que la colección de muestras fuera recogida sin consentimiento informado (2), se hace imprescindible el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, bajo el presupuesto de que la obtención del consentimiento informado represente un esfuerzo no razonable o no sea posible, porque el sujeto fuente haya fallecido o fuera ilocalizable.

3.2. Imposibilidad de obtener nuevo consentimiento o que represente un esfuerzo no razonable

Dentro del Capítulo III, bajo la rúbrica *Utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica*, arts. 58.2 LIB prevé que las muestras y los datos depositados en colecciones no destinadas a la investigación puedan tratarse y cederse con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención del mismo sea imposible o represente un esfuerzo extraordinario en el sentido del artículo 3.i) de la Ley¹⁰ (art. 58.2 inciso segundo LIB)¹¹.

10 Itziar Alkorta. Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales, *Derecho Privado y Constitución*, n. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, p. 47.

11 Art. 58.2 LIB.- 2. El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización. No obstante lo anterior, de forma excepcional podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de esta Ley. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una investigación de interés general. b) Que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras. c) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente. d) Que no

Si cumplir con el requisito tradicional del consentimiento informado para recoger o reutilizar información o muestras supone un “esfuerzo no razonable” por parte del investigador, el art. 58.2 LIB permite, con ciertas cautelas, que la investigación se lleve a cabo sin obtener el consentimiento de la persona que proporcionó esos datos¹².

La hipótesis que se regula por el art. 58.2 LIB, está contemplada como una excepción a la norma general de necesidad del consentimiento del sujeto fuente y su ámbito de aplicación es el de las muestras codificadas o identificadas, en cuanto son las que pueden provocar una potencial lesión a la intimidad del sujeto fuente¹³, no en cambio, las que están anonimizadas. En todo caso, es necesario que se pronuncie favorablemente el Comité Ético de Investigación.

El ámbito de aplicación del art. 58.2 inciso segundo se pensaba con carácter muy excepcional; en el Proyecto de LIB estaba pensado exclusivamente para muestras almacenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, recogidas con otros propósitos distintos ajenos a la investigación. Con este sentido se pensó la Disposición Transitoria 2ª, para darles una salida favorable a su utilización para la

conste una objeción expresa del mismo. e) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal».

12 Pese al carácter excepcional con que se contempla por la Ley, se ha señalado que “dada la necesidad de información adicional para que los Biobancos sean de interés científico, es previsible que esa clase de situaciones dejen de ser una excepción para convertirse en lo normal”. En este sentido Antonio Casado da Rocha y Arantza Etxeberria Agiriano, El consentimiento informado ante los Biobancos y la investigación genética, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. CLXXXIV 730 marzo-abril (2008) 249-260 ISSN: 0210-196.

13 Art. 58.2. “El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización.

No obstante lo anterior, de forma excepcional podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de esta Ley. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

a) Que se trate de una investigación de interés general.
b) Que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras.
c) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
d) Que no conste una objeción expresa del mismo.
e) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal”.

investigación. Sin embargo, el texto final del art. 58.2 inciso segundo LIB introdujo en su supuesto de hecho no sólo las muestras anteriores a la misma –de acuerdo con la Disposición Transitoria 2ª–, sino también las recogidas después de su entrada en vigor, con fines distintos a la investigación cuando se pretendan destinar a estos fines con posterioridad a la misma.

Se estaría pensando en algunas hipótesis en las que, descartada inicialmente la vía de la investigación, se hubiera podido abrir con posterioridad la perspectiva de destinar el material o parte de él a la investigación. Se trataría, pues, de muestras recogidas para asistencia sanitaria (por ejemplo, los archivos de anatomía patológica) después de la aprobación de la LIB, y que posteriormente quisieran incorporarse a un Biobanco para destinarlas a la investigación. Surgida esta nueva necesidad, si no se puede recontactar con el sujeto fuente, regirá el art. 58.2 LIB, que de un modo muy excepcional permite tratar estas muestras codificadas o identificadas con fines de investigación sin el consentimiento del sujeto fuente, con ciertas garantías añadidas.

La previsión de esta situación una vez entrada en vigor la LIB ha sido criticada por la doctrina: “... Así como la previsión de subrogar a un Comité de Ética en el lugar del titular de los datos para consentir su uso posterior en el caso de Biobancos históricos, es decir, anteriores a la promulgación de normativa que regule su uso, es una posibilidad aceptada por otras leyes europeas y contemplada, ..., en algunas recomendaciones y guías internacionales; sin embargo, resulta insólito el recurso a este procedimiento en el caso de Biobancos de nuevo cuño, posteriores a la entrada en vigor de la ley. Pese a que ella misma reconoce su carácter excepcional, parece difícilmente justificable que se piense hoy, una vez promulgada la norma, en la creación de un Biobanco sin la previsión del consentimiento general o abierto. En este contexto, parece excesivo presumir además el consentimiento...”¹⁴.

Las condiciones que recoge el art. 58.2 inciso segundo LIB coinciden con las exigidas por la Disposición Transitoria 2ª, salvo que ahora, es necesario «que la investigación se realice en la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de la

muestra», requisito no exigible para las muestras anteriores a la entrada en vigor de la LIB. Precisamente, este cambio implica la introducción de una restricción cuando las muestras se hayan tomado con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, lo que tiene la importancia de que estas concretas muestras, aunque se destinaran a la investigación, no se podrían ceder a terceros ajenos a la institución que solicitó el consentimiento para la obtención de la muestra, cerrando así el paso por esta vía excepcional a la cesión de los datos¹⁵, restricción que no opera cuando las muestras fueran tomadas antes de la entrada en vigor de la LIB.

Por otra parte, en su interpretación literal, el art. 58.2 LIB se refiere a muestras obtenidas para fines asistenciales después de la entrada en vigor de la LIB, puesto que el precepto se refiere a las muestras que se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica, pero que hubieran sido obtenidas para finalidades distintas, con clara referencia, pues, al contexto médico asistencial.

La pregunta que nos podemos hacer es si podrían considerarse también –si bien con carácter excepcional e interpretación restrictiva– las obtenidas para un proyecto de investigación concreto o para una línea de investigación, cuando se pretenda cambiar el destino de la investigación y adscribirlas a fines distintos. La respuesta debe ser negativa, porque estas muestras obtenidas para un proyecto concreto o para una línea de investigación pueden ser gestionadas por el Biobanco pero sólo para los fines de realización del citado proyecto o línea; de querer adscribirlas al régimen general del Biobanco deberá contactarse con los donantes para solicitar su consentimiento.

El RLIB regula en su art. 24 la situación excepcional que contemplamos¹⁶ aclarando el concepto de

15 Itziar Alkorta. Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales, *Derecho Privado y Constitución*, n. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, p. 47-48

16 El proyecto de RD lo regulaba en su art. 19 de manera idéntica a como lo hacía la LIB. Como novedades destacables dos: 1. Que se hacía especial hincapié, dentro de los requisitos que deben cumplirse para el tratamiento de estas muestras en ausencia de consentimiento expreso del sujeto fuente de que no se disponga de una alternativa viable para la realización del proyecto con otro grupo de muestras para las que se disponga de consentimiento (art. 19.a). Esta redacción da idea de lo restrictivo del ámbito de esta hipótesis, pues rara vez ocurrirá, dada la implantación general en los servicios hospitalarios de protocolos de consentimiento informado específicos para la investigación. 2. Que se destaque por el proyecto la necesidad de valorar los medios humanos, materiales y económicos suficientes para poder obtener el consentimiento del sujeto

14 Itziar Alkorta, Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales, *Derecho Privado y Constitución*, n. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, p. 48.

“esfuerzo no razonable”, como aquél que “suponga el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados”; en este sentido no se admitiría no obtener el consentimiento cuando los pacientes presentan una patología crónica y acuden periódicamente a la consulta.

El RLIB especifica además los requisitos que deberá controlar el Comité de Ética de la investigación al emitir su informe favorable:

- a) Que no se disponga de una alternativa viable para la realización del proyecto con otro grupo de muestras para las que se disponga de consentimiento.
- b) Que se trate de una investigación de interés general
- c) Que la investigación, debidamente autorizada, se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras, en caso de éste fuere necesario.
- d) En el caso de que se trate de muestras de sujetos identificados o identificables, que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
- e) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.
- f) Que se han valorado el esfuerzo, el tiempo y los medios humanos, materiales y económicos necesarios para obtener el consentimiento.

En conclusión. Las muestras obtenidas después de la entrada en vigor de la LIB podrían destinarse a la investigación aún faltando el consentimiento del sujeto fuente, si bien con carácter de hipótesis excepcional, y con las garantías y cautelas señaladas. En cualquier caso, no cabe ceder los datos procedentes de las muestras a investigadores externos. Finalmente, es destacable que el RLIB pormenore la valoración del esfuerzo no razonable atendiendo a los parámetros de tiempo y medios humanos, materiales y económicos que habría que desplegar para obtener el consentimiento.

fuelle, «ponderando el interés de la investigación concreta y las medidas adoptadas para garantizar el respeto a los derechos de los sujetos, en especial a la confidencialidad de sus datos”.

3.3. Material biológico de personas fallecidas

Además de los anterior, el acceso retrospectivo a los datos para usos secundarios cuando el consentimiento original no contemplaba dichos usos puede producirse en las investigaciones sobre sujetos fallecidos. También éste se configura como «uso secundario de las muestras-datos»¹⁷.

Cuando se recolectan datos y materiales biológicos como parte de un proceso de atención médica, y posteriormente se usan para la investigación biomédica se convierte en un uso secundario en aquellos casos en que el paciente no haya aprobado previamente dicha utilización. Un uso secundario retrospectivo de ese tipo se rige por un marco legal y ético integral que exige obtener *a priori* el consentimiento libre e informado de aquellos que aportaron muestras al Biobanco. Sin embargo, puede resultar difícil cumplir con el requisito de obtener el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión cuando los recursos mencionados tienen una duración mayor a la vida de dicha persona. ¿Qué sucede con la información y las muestras cuando la muerte del paciente impide que éste vuelva a dar su consentimiento? ¿Un tercero puede dar ese consentimiento? ¿Es posible usar esta información y muestras para proyectos de investigación?¹⁸.

Las recomendaciones generales en esta materia establecen que los Biobancos ofrezcan una política clara sobre los efectos de la muerte de los participantes. Por ejemplo, para el ámbito de los análisis genéticos, el art. 48.2 LIB establece : «2. En el ámbito sanitario se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido. El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido

17 Sobre usos secundarios de las muestras-datos ver Anne Marie Tassé, Isabelle Budin-Ljosne, Bartha Maria Knoppers, Jennifer R Harris, “Retrospective access to data. The ENGAGE consent experience”, en *European Journal of Human Genetics* (2010) 18, 741-745.

18 Es el planteamiento de la cuestión que realizan Anne Marie Tassé, Martin Letendre, Bartha Maria Knoppers, « Investigación y personas fallecidas : Uso secundario de la información medica y los materiales biológicos », en (2010) 8 :1 *GenEdit*, 1-9, disponible también en <http://www.humgen.org/int/GE/es/2010-1.pdf>

se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos». Por su parte, la Disposición Transitoria segunda, para las muestras almacenadas con anterioridad, también contempla que puedan tratarse sin el consentimiento del sujeto cuando éste hubiere fallecido.

Con dudoso acierto, la LIB considera al fallecido sujeto titular de los datos (artículo 3.v),¹⁹ en atención a que la información pueda trascender a sus familiares biológicos. Se plantea en este caso la cuestión de si se pueden ceder muestras biológicas de una persona fallecida para la investigación. Dicha cesión será válida, en todo caso, si se ha previsto en un documento de testamento vital. Pero, la propia Ley de Investigación Biomédica contempla también la posibilidad de que las muestras provenientes de cadáveres sean incorporadas a Biobancos si se obtiene informe favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro²⁰.

El informe del Comité de Ética de la Investigación es pues obligado especialmente en el caso de tratamiento de muestras de personas fallecidas. En este sentido, cuando el sujeto fuente ha fallecido, esta simple circunstancia no constituye la prueba de la ausencia de consentimiento para el uso de su muestra biológica en otras investigaciones, dado que pudo dejar constancia expresa de este en el documento de voluntad vital anticipada. Lo primero, pues, a verificar, será la existencia o no de dicho documento, consultando a tales efectos el registro de voluntad vital anticipada, para comprobar si el sujeto dio su consentimiento a estos efectos. En caso negativo, habrá de comprobarse que no se opuso en vida, consultando a sus personas cercanas. Solo cuando esta consulta sea imposible o suponga un esfuerzo irrazonable, se justifica la vía excepcional de sustitución de la ausencia del consentimiento por el informe del Comité de Ética de la Investigación correspondiente al Centro²¹.

El RLIB lo regula el supuesto en su art. 26. La extracción de muestras de personas fallecidas procede

en dos casos: El primero, cuando exista declaración expresa de voluntad del sujeto, a cuyos efectos habrá que consultar si otorgó testamento vital. El segundo, cuando a falta de declaración expresa, no conste la oposición del sujeto en vida, a cuyos efectos, será necesario consultar a los familiares u otras personas vinculadas al fallecido por relación análoga, así como a los profesionales que le atendieron en el centro sanitario, y se dejará constancia de las consultas realizadas. En ambos casos, se requiere informe previo favorable del Comité de Ética de la Investigación del Centro. También en este caso, pues, la autorización para desviar muestras asistenciales a investigación corresponde entre otros a este Comité, indagando la constancia de las consultas realizadas en el siguiente orden: 1. Instrucciones previas; 2. Familiares directos; 3. Personal sanitario que atendió al sujeto fuente.

La regulación se completa con la posibilidad de que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o análogas puedan dirigirse a los responsables de los ficheros o de los tratamientos que contengan datos de la persona fallecida, acreditando el óbito, para solicitar la cancelación de los datos o la anonimización de las muestras. Se requiere que aporten justificación de la concurrencia de un interés relevante, luego no procede en todo caso de modo automático. [ver Figura 4 en página siguiente].

19 Art. 3. v) LIB. «Sujeto fuente»: individuo vivo, cualquiera que sea su estado de salud, o fallecido del que proviene la muestra biológica».

20 Ver Itziar Alkorta. Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales, *Derecho Privado y Constitución*, n. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, pp. 42-43 y 46.

21 Ver Consejo de Europa. Comité de Ministros. *Recommendation no. R(97)5 on the Protection of Medical Data* (1997), art. 12.

Figura 4. Régimen del consentimiento informado y de los usos secundarios de muestras-datos

<p>Consentimiento expreso</p> <p>Arts. 58.1 y 2 y 60.1 LIB Art. 23 RLIB</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Para la obtención y utilización por separado ✓ Para una finalidad específica o para líneas relacionadas ✓ Aplicación del principio de finalidad ✓ Informado, con referencia a la protección de datos
<p>Supuestos especiales</p>	<p>a) General (art. 58.1 LIB y 24 RLIB)</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cuando la obtención no sea posible o represente un esfuerzo irrazonable <p>b) Especial para muestras preexistentes (Disposición Transitoria 2ª LIB)</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ En el supuesto anterior ✓ Cuando el sujeto sea ilocalizable <ul style="list-style-type: none"> • Pueden cederse a investigadores externos <p>c) Especial para sujetos fallecidos</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Tanto si son muestras anteriores (Disp.Trans.2ª LIB), como posteriores a la entrada en vigor de la Ley (art. 58.2 LIB)
<p>Garantía comunes</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Informe del Comité Ético de Investigación ✓ Investigación de interés general ✓ Efectividad necesaria ✓ No oposición del sujeto

LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Omar Bouazza Ariño

*Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: : I. Introducción; II. Derecho a la vida: 2.1. La polémica sentencia Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015, sobre la retirada de la alimentación artificial de una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce: ¿un paso atrás en la protección de las personas más vulnerables?; 2.2. Violación del Derecho a la vida por el mal funcionamiento del servicio público de salud: las obligaciones positivas del Estado ante el Derecho a la vida del recién nacido; **III. Prohibición de los tratos inhumanos y degradantes: el cuerpo humano deberá ser tratado con respeto, incluso tras la muerte;** **IV. Derecho al respeto de la vida privada y familiar:** 4.1. Vientre de alquiler y Derecho al respeto de la vida familiar; 4.2. La prohibición del «parto en casa» no es contraria al Convenio; 4.3. Relaciones de sujeción especial en el ámbito hospitalario; **V. Derecho al respeto de los bienes: reducción de las licencias para la venta de tabaco y protección de la salud;** **VI. Nota final;** **VII. Bibliografía.**

RESUMEN

El autor analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de salud. El Alto Tribunal Europeo integra la protección de la salud, cuando procede, a través de diversos derechos humanos clásicos, como el Derecho a la vida, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, el Derecho al respeto de la vida privada y familiar o el Derecho al respeto de los bienes.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia, Salud, Bioética, Estado Social.

ABSTRACT

The author analyzes recent ECHR case-law on health issues. The European Court integrates health protection, where appropriate, through a variety of classic human rights such as the right to life, the prohibition of inhuman and degrading treatment, the right to respect for private and family life or the right to respect for property.

KEYWORDS

European Court of Human Rights, Case-Law, Health, Bioethics, Welfare State.

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico español, al igual que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, está compuesto por un conjunto de normas, procedentes de los diversos niveles territoriales internos y de entidades supranacionales¹. La Constitución Española de 1978 supuso precisamente la ruptura con el aislamiento internacional en el que se encontraba nuestro país para asumir las aspiraciones de las sociedades europeas del entorno, que desde mediados del siglo XX han trabajado en la construcción y mantenimiento de un ámbito territorial de paz y democracia, frente a la barbarie de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, la Constitución consagraría tres preceptos que tendrían una trascendencia indudable en el andamiaje de una nueva España asentada sobre los valores de la democracia, la tolerancia, el pluralismo y el espíritu de apertura. En primer lugar, el artículo 93 de la Constitución, precepto mediante el que se contemplaba la adhesión de España a la antes denominada Comunidad Económica Europea, que finalmente se logró en 1986. En segundo lugar, los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución, preceptos mediante los que penetra en el ordenamiento español el sistema de Estrasburgo, conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también, “el Convenio”, o simplemente, “el CEDH”), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también “el Tribunal”, “el TEDH”, o “Estrasburgo”, en alusión a la ciudad en la que se halla), en el seno del Consejo de Europa, la otra entidad supranacional europea, que integra, aparte de los Estados de la Unión Europea, otros tantos hasta llegar a 47, incluyendo Noruega, los Estados de los Balcanes, Turquía, una parte significativa de los Estados resultantes del colapso de la antigua Unión Soviética, entre otros. Se trata de un importante e indudable efecto pues implicará que la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en España se lleve a cabo de conformidad con los estándares europeos. Los poderes públicos españoles, los diferentes gobiernos y administraciones, el poder legislativo y el judicial, por ello, en su práctica diaria deberán ajustar sus medidas o decisiones al nivel de protección europeo en materia de derechos humanos. O ajustarse a este nivel cuando España o cualquier otro Estado integrante del Consejo de Europa reciban una sentencia en la que se

concluya que una determinada solución no es compatible con el sistema de Estrasburgo. Lo cual implicará en no pocas ocasiones la necesidad de modificar el ordenamiento interno para asumir el derecho que viene de Europa. No en vano, *el Convenio Europeo de Derechos Humanos es el instrumento garante del orden público europeo en materia de derechos fundamentales*, como ha dicho el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda, de 30 de junio de 2005*.

El Convenio no es un texto rígido. Como bien suele subrayar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio es un instrumento vivo, que se ajusta a las nuevas necesidades, se adapta a los cambios sociales, e incorpora las nuevas exigencias en un amplio espectro de ámbitos. Esta labor la realiza bien a través de protocolos adicionales, reconociendo nuevos derechos; bien a través de lo que el Tribunal denomina la “jurisprudencia evolutiva”. En este contexto encaja el Derecho a la salud. En ningún precepto del Convenio consta este derecho como tal. Sin embargo, el TEDH ha tenido ocasión de darle encaje debido a la íntima relación que indudablemente tiene este derecho con los derechos humanos clásicos.

En este trabajo, en fin, se da cuenta de la reciente jurisprudencia del TEDH en la que conecta la salud con la interferencia en el disfrute de los derechos fundamentales.

II. DERECHO A LA VIDA

2.1. La polémica sentencia *Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015, sobre la retirada de la alimentación artificial de una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce: ¿un paso atrás en la protección de las personas más vulnerables?*

El caso que se comenta a continuación, *Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015*, arroja una dura paradoja, a saber: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se refiere al Derecho a la vida, da por buena la solución adoptada por las autoridades francesas de dejar morir a una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce, aun en contra de la voluntad de los padres y de parte de sus hermanos. Veamos con más detenimiento los hechos, argumentación del TEDH y decisión.

¹ El profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha estudiado magistralmente el fenómeno de las influencias saludables que, desde una doble perspectiva horizontal y vertical, se da entre ordenamientos jurídicos, en su monografía, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 204 p.

Los demandantes son los padres y algunos hermanos del Sr. Vincent Lambert (en adelante, también “el Sr. Lambert” o “el paciente”). Vincent Lambert sufre graves secuelas como consecuencia de un accidente de tráfico, que le dejó tetrapléjico en situación de dependencia total. Recibe alimentación e hidratación artificial, que se le administra por un tubo gástrico. Su condición en 2011 era de mínima consciencia, mientras que desde 2014 su estado es vegetativo.

A principios de 2013, el equipo médico inició el procedimiento previsto por la Ley de 22 de abril de 2005, sobre los derechos de los pacientes y fin de la vida. La mujer de Vincent Lambert participó en el mismo. Como resultado, se decidió retirar la nutrición e hidratación del paciente.

Los demandantes solicitarían medidas cautelares pocos días después, requiriendo al hospital que continuara ofreciendo a su familiar todos los cuidados que necesitara. Las medidas cautelares serían concedidas. No obstante, se inició un nuevo procedimiento impulsado por un médico, con el asesoramiento de otros seis médicos más, la mujer del Sr. Lambert y algunos de sus hermanos, con la finalidad de la retirada de la fuente de alimentación e hidratación artificial. Consiguieron una nueva sentencia a favor pero los demandantes paralizaron nuevamente la ejecución de la sentencia. Los familiares favorables a poner fin a la vida del Sr. Lambert recurrieron entonces ante el *Conseil d’Etat*.

Este caso no se debió considerar fácil por el Alto Tribunal francés, por lo que se decidiría en Pleno. Consideró aplicable la Ley antes citada, que se aprobó para estos casos. Y que el mantenimiento de la vida del Sr. Lambert se debía a una “obstinación irrazonable”, concepto que recoge dicha Ley. En concreto, su art. 1110-5, dispone que:

“Toda persona, teniendo en cuenta su estado de salud y la urgencia de las intervenciones que requiere, tiene derecho a recibir los cuidados más apropiados y beneficiarse de las terapias cuya eficacia sea reconocida y que garanticen la mejor seguridad sanitaria a la vista de los conocimientos médicos probados. Los actos de prevención, investigación o de cuidados no deben, en el estado del conocimiento médico, hacerle correr riesgos desproporcionados en base a los beneficios esperados.

Estos actos no deben ser seguidos por una obstinación irrazonable. Aquellos que resulten

inútiles, desproporcionados o no tengan otro efecto que mantener artificialmente la vida, pueden ser suspendidos o iniciados. En este caso, el médico *salvaguarda la dignidad del moribundo y asegura la calidad de su vida*² dispensándole los cuidados contemplados en el artículo 1110-10 (...).

Toda persona tiene derecho a recibir los cuidados que alivien su dolor, que en todo caso deberá prevenirse, evaluarse tomado en cuenta y tratado.

Los profesionales de la salud deberán adoptar todos los medios a su disposición para asegurar el derecho de todos a una vida digna hasta la muerte (...).”

El *Conseil d’Etat* diría que su función consiste en comprobar si se daban las condiciones legales y a este respecto necesitaba disponer de la más amplia información posible, primordialmente sobre el estado de salud del Sr. Lambert. Así, el Alto Tribunal consideró necesario ordenar un informe de expertos a médicos de reconocido prestigio en neurociencia e invitar a la Academia Nacional de Medicina, el Comité Nacional Asesor de Ética, y al Consejo Médico Nacional y al ponente de la Ley de 22 de abril de 2005, que daría cobertura a la retirada de la alimentación e hidratación artificial del Sr. Lambert, con la finalidad de que aclarara para este caso los conceptos de “obstinación irrazonable” y de “mantenimiento artificial de la vida” en términos jurídicos.

El *Conseil d’Etat* dictó sentencia tras recibir el informe de expertos. En primer lugar, en cuanto a la aplicación de la Ley de 2005, señala que el solo hecho de que una persona se encuentre en una situación irreversible de inconsciencia o haya perdido su autonomía de una manera igualmente irreversible, y sea dependiente, por tanto, de nutrición e hidratación artificial, no supone una situación en la que la continuidad del tratamiento pudiera definirse *per se* como un comportamiento guiado por una “obstinación irrazonable”. El *Conseil d’Etat* observó que al evaluar si se dieron las condiciones de la retirada de la nutrición e hidratación artificial, el médico a cargo del paciente debía fundamentar su decisión en una serie de factores médicos y no médicos cuyo peso relativo no se puede determinar por adelantado pero que dependen de las circunstancias de cada paciente. Además, el médico debe dar especial importancia a los deseos

2 La cursiva es mía.

expresados por el paciente con carácter previo, cualquiera que sea su forma o tenor. El médico también tiene que tener en consideración el punto de vista de la persona de confianza, la posición de la familia o, en su caso, de otras personas cercanas al paciente. El *Conseil d'Etat* subraya a este respecto que si los deseos del paciente se desconocen, no se puede entender un rechazo del paciente de ser mantenido vivo.

Tras examinar el procedimiento seguido por el médico, el *Conseil d'Etat* constata que no se dio irregularidad alguna. El informe de expertos confirmó el diagnóstico del médico del Sr. Lambert en cuanto a la irreversibilidad de su estado. Confiando en el testimonio de su esposa y de uno de sus hermanos, el Sr. Lambert habría dicho en varias ocasiones que no le gustaría que le mantuvieran vivo artificialmente si se encontrara alguna vez en un estado de dependencia. El *Conseil d'Etat* dirá al respecto que no se puede considerar que el médico del Sr. Lambert haya interpretado erróneamente sus deseos. Se da por bueno, por tanto, el testimonio de dos familiares directos, lo cual no deja de resultar sorprendente habida cuenta de que ni la esposa ni el hermano del Sr. Lambert tienen pruebas fehacientes sobre una cuestión tan decisiva. De hecho, como se verá, el TEDH rechazará que la esposa –así como los familiares– puedan actuar en nombre del paciente. En cualquier caso, el *Conseil d'Etat* concluye que se han dado todas las condiciones impuestas por la ley y que la decisión del médico de retirar la alimentación e hidratación artificial del Sr. Lambert no se puede considerar ilegal.

Los demandantes alegan ante Estrasburgo que la retirada de la hidratación y nutrición artificial supondría una violación de los artículos 2, 3 (prohibición de tortura) y 8 (integridad física)³, todos ellos del Convenio. También consideran que al no recibir el paciente tratamiento de fisioterapia desde 2012 así como la ausencia de una terapia para restaurar el reflejo de digerir, se le está sometiendo a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).

Los demandantes también se quejan de que el médico que adoptó la decisión no fue imparcial y que el informe de expertos no habría sido respetuoso con el principio contradictorio.

El TEDH, a solicitud de los demandantes, en base al artículo 39 del Reglamento del Tribunal, ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia del

³ El artículo 8 CEDH reconoce el Derecho al respeto de la vida privada y familiar. El TEDH integra la violación de la integridad física en el seno de este precepto.

Conseil d'Etat hasta que no terminara el proceso en Estrasburgo.

El TEDH observa que mientras la víctima directa no podía expresar sus deseos, varios miembros de su familia más directa se expresaron en su nombre, bien que defendiendo posturas diametralmente opuestas. El TEDH debía entonces esclarecer si se trata de una situación en la que la demanda puede ser interpuesta en nombre o en representación de una persona vulnerable. Una revisión de la jurisprudencia relevante a este respecto, reveló los siguientes criterios principales: el riesgo de que la víctima directa sería privada de una protección efectiva de sus derechos y la ausencia de un conflicto de intereses entre la víctima y el demandante.

En este caso, el Tribunal no observa riesgo alguno de que los derechos del paciente puedan verse desprotegidos ya que, en base a la jurisprudencia del TEDH, los familiares pueden invocar en nombre propio la protección del Derecho a la vida del Sr. Lambert, como queda consagrada en el artículo 2 CEDH.

El TEDH rechaza que los demandantes puedan actuar en nombre del paciente ya que no se puede afirmar, dice el TEDH, que se dé una convergencia entre la postura de los demandantes y la del Sr. Lambert. No hay prueba de los diferentes puntos de vista. También rechaza que la esposa actúe en nombre del Sr. Lambert como tercera parte interviniente. Y es que se trata de una cuestión sobre la vida y la muerte en la que nadie podría decir lo que piensa el paciente pues, como se ha dicho, no hay prueba de que haya manifestado su opinión. Si se optara por aceptar la representación de los familiares o la esposa en nombre del Sr. Lambert, se correría el riesgo de asumir una decisión contraria a su libertad. Por ello, este caso se diferencia de otros en los que se ha podido dar una violación del Derecho a la vida por la negligencia de la Administración Pública, como ocurrió en el caso *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía, de 17 de julio de 2014*⁴.

El TEDH analizará, por ello, si ha habido una violación del artículo 2 CEDH, en base a la demanda interpuesta por los demandantes en su propio nombre. El TEDH comienza su argumentación indicando que si bien el paciente sigue vivo, no hay duda de que si se

⁴ Comenté este caso en mi trabajo, “Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental”, *Revista General de Derecho Administrativo* 37 (www.iustel.com), 2014.

retira la alimentación e hidratación artificial, fallecería rápidamente. Por ello, el TEDH considera que los demandantes, en base a su legitimación como familiares cercanos del Sr. Lambert, pueden invocar el art. 2.

El artículo 2 vincula al Estado no sólo en relación con la privación intencionada de la vida, sino también para adoptar los pasos apropiados para salvaguardar las vidas de aquellos que se encuentran en su jurisdicción, en clara referencia a las obligaciones positivas del Estado en la protección de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en su territorio.

El TEDH, en primer lugar, examina si en este caso concurren **obligaciones negativas del Estado**. La obligación negativa, en este caso, en relación con el artículo 2 CEDH vendría dada por la obligación del Estado de no hacer: no adoptar una actitud activa en la supresión de la vida del paciente (parágrafo 117 de la sentencia).

Los demandantes reconocen que la retirada de la nutrición e hidratación artificial podría ser legítima en casos de obstinación irrazonable. Y acepta que existe una legítima diferencia, por un lado, entre la eutanasia y el suicidio asistido y, por otro, la abstención terapéutica, que consiste en retirar o mantener un tratamiento que ya no tendría eficacia, por el estado precisamente del paciente. Argumentan que como estos criterios no se dan en este caso, aquí se da un caso de privación intencionada de la vida. Se refieren a este respecto a la noción de eutanasia. El Gobierno subraya que la finalidad de la decisión médica no era poner fin a la vida, sino dar por finalizado un tratamiento rechazado por el paciente que a modo de ver del médico, su continuación implica una obstinación irrazonable. Recalca que al retirarse el tratamiento no se está privando al paciente de su derecho a la vida sino que se trata simplemente de una decisión de retirar cuando ya no se puede hacer nada.

El TEDH observa que la polémica Ley de 2005 no autoriza la eutanasia ni el suicidio asistido. Permite a los médicos, de acuerdo con el procedimiento establecido, finalizar el tratamiento sólo si su continuación muestra una obstinación irrazonable. El Tribunal apunta que tanto los demandantes como el Gobierno hacen una distinción entre la privación intencionada de la vida y la abstención terapéutica. En el contexto de la legislación francesa, que prohíbe la privación intencionada de la vida y permite que se retire o mantenga el tratamiento de mantenimiento de la vida en determinadas circunstancias, el Tribunal

observa que este caso no se refiere a las obligaciones negativas del Estado en base al artículo 2 CEDH.

En consecuencia, el TEDH examinará la demanda desde la perspectiva exclusiva de las **obligaciones positivas del Estado**. El TEDH da especial importancia al hecho de que no se trata de un caso de eutanasia, sino de retirada del tratamiento de mantenimiento artificial de la vida y observa que en un caso como este se debe hacer referencia, en la consideración de si se produce una violación del artículo 2, al artículo 8 CEDH, en relación con el derecho al respeto de la vida familiar.

Al tratar la cuestión de si administrar o retirar el tratamiento médico, el TEDH considera que se deberá tener en cuenta los siguientes factores: la existencia en el derecho y práctica interna de un marco legislativo compatible con los requerimientos del artículo 2; si se ha tenido en cuenta los deseos del paciente y de las personas cercanas a él; y la posibilidad de un recurso jurisdiccional en caso de duda sobre la mejor decisión a tomar en interés del paciente.

El TEDH observa que parece que la mayoría de los Estados miembro del Consejo de Europa están a favor de la retirada del tratamiento artificial de mantenimiento de la vida. No hay consenso, sin embargo, en cuanto a la importancia que debe darse de los deseos de los familiares en el proceso de decisión. Así, *“el Tribunal considera que en el ámbito que se refiere al fin de la vida, se debe ofrecer a los Estados un **margen de apreciación**, no sólo en cuanto a la decisión de permitir la retirada del tratamiento de mantenimiento artificial de la vida y los acuerdos en relación con tal retirada, sino que también en relación con la ponderación entre la protección de los derechos de los pacientes a la vida y la protección de su derecho al respeto de la vida privada y su autonomía personal”*.

A continuación, los demandantes alegan que la Ley de 22 de abril de 2005 carece de claridad y precisión y que no era aplicable a este caso, pues a su modo de ver el paciente no está al final de su vida. Mantienen además que la legislación no define con suficiente precisión los conceptos de “obstinación irrazonable” ni el “tratamiento que puede ser retirado”. También se quejan de la decisión adoptada por el médico en base a la cual debía retirarse la alimentación e hidratación al Sr. Lambert.

El Tribunal observa que el *Conseil d'État* ha determinado el alcance de la Ley y sostuvo que es

aplicable a todos los pacientes del sistema de salud, tanto si están o no al final de sus vidas. En la misma decisión, el *Conseil d'État* ha detallado los factores a tener en cuenta por el médico al evaluar si el criterio de la obstinación irrazonable se daba, bien que subraya que cada caso debe examinarse individualmente. El TEDH observa que el *Conseil d'État* ha establecido dos importantes garantías en esa sentencia. En primer lugar, establece que el solo hecho de que una persona se encuentre en un estado de inconsciencia irreversible o haya perdido de una manera irreversible su autonomía y es dependiente de nutrición e hidratación artificial, no implica por sí mismo que la continuación del tratamiento no esté justificada. También subraya que cuando no se conocen los deseos del paciente, no pueden interpretarse como un rechazo a que le mantengan vivo.

El TEDH considera que las disposiciones de la Ley de 22 de abril de 2005, tal y como ha sido interpretada por el *Conseil d'État*, constituye un marco legal suficientemente claro, a la luz del artículo 2 CEDH, para la toma de decisiones por los médicos en situaciones como esta. El TEDH concluye que “*se trata de una norma apta para garantizar la protección de la vida de los pacientes*”.

Seguidamente, el TEDH observa que ni el artículo 2 ni la jurisprudencia se pueden interpretar como una imposición de requisitos en relación con el **procedimiento** a seguir para alcanzar un posible acuerdo.

El Tribunal observa que el procedimiento colectivo en este caso se ha desarrollado desde septiembre de 2013 a enero de 2014 y que, en cada fase de su ejecución, ha respetado los requisitos establecidos. El procedimiento se ha desarrollado en el margen de apreciación que se concede a los Estados en estos casos. Se ha tratado de un procedimiento meticuloso, excediendo incluso los requisitos exigidos por la ley. Aunque los demandantes no están de acuerdo con el resultado, el procedimiento ha satisfecho los requisitos que emanan del artículo 2 CEDH, concluye el TEDH.

En cuanto a los recursos que el ordenamiento jurídico francés pone a disposición de los demandantes, el TEDH observa que el *Conseil d'État*, llamado a decidir por primera vez un caso sobre la retirada de la alimentación e hidratación artificial en base a la Ley de 22 de abril de 2005, clarifica la potestad en la adopción de medidas urgentes como en este caso. No sólo **el juez puede** suspender la ejecución de la decisión del médico, sino que puede **realizar una revisión total de su legalidad**. Debe examinar –aparte

de los argumentos que indican que se trata de una decisión ilegal- cualquier argumento que sugiera que las disposiciones legislativas aplicadas son incompatibles con el Convenio. Por consiguiente, el caso habría pasado por un doble filtro, a saber: el filtro de los expertos médicos, que son los que están en mejor situación para realizar un diagnóstico específico del caso; y el filtro judicial, en revisión de la legalidad de la decisión adoptada por los expertos.

El Tribunal observa que el *Conseil d'État* en Pleno examinó el caso, lo cual es algo excepcionalísimo en un proceso sobre medidas cautelares. De ello se deduce la importancia y el cuidado adoptado por esta instancia jurisdiccional en la adopción de la decisión. En su sentencia de 14 de febrero de 2014 consideró necesario tener toda la información posible sobre el estado de salud del Sr. Lambert. Solicitó el informe de un médico que ratificó lo decidido por el médico, coincidiendo con la posición de tres médicos expertos en neurociencia. A la vista de la escala y dificultad de los temas planteados en este caso, el TEDH recuerda que solicitó a diversos organismos en materia de salud y ética que ofrecieran observaciones con la finalidad de clarificar los conceptos de obstinación irrazonable y mantenimiento artificial de la vida.

El TEDH observa que el informe del experto fue preparado en profundidad. En su sentencia de 24 de junio de 2014, el *Conseil d'État* comenzó examinando la compatibilidad de las disposiciones aplicables al Código de Salud Pública con los artículos 2, 8, 6 y 7 del Convenio, antes de evaluar la conformidad de la decisión del Dr. Kariger con las previsiones del Código de Salud Pública. La revisión ha consistido en el ensamblaje de las cuestiones procedimentales con las sustantivas, que consideró que se habían respetado. A modo de ver del Consejo de Estado, tales consideraciones confirmaron las del Dr. Kariger.

El TEDH observa que el *Conseil d'État*, tras recalcar la importancia particular que el médico ha dado a los deseos del paciente, ha tratado de averiguar cuáles eran realmente. Como su voluntad se desconoce, al no existir prueba fehaciente alguna, el *Conseil d'État* ha tomado en consideración el testimonio de su mujer, Rachel Lambert, que ha informado en detalle -y con las correspondientes fechas- acerca de comentarios realizados repetidamente por su esposo, el tenor de los cuales ha sido confirmado por uno de los hermanos. Los demandantes, por su parte, no han reclamado que él hubiera expresado observaciones en sentido contrario. El *Conseil d'État* observó que tuvo lugar la consulta a la familia prevista por la Ley.

El TEDH recuerda que el paciente es la parte principal en el proceso de decisión y cuyo consentimiento es decisivo, incluso cuando el paciente no se puede expresar. El TEDH observa que, en ausencia de directivas avanzadas, varios países requieren un esfuerzo en el aseguramiento de los deseos presuntos del paciente, por una variedad de medios. En el caso presente, el Tribunal considera que el testimonio ofrecido –es decir, el de su esposa y algunos de sus hermanos- era suficientemente preciso para conocer los deseos del Sr. Lambert, lo cual ofrece un resultado más que dudoso, pues este extremo no se ha conseguido acreditar fehacientemente.

El Tribunal es consciente de la importancia de los temas tratados en este caso que se refieren materias médicas, legales y éticas extremadamente complejas. En las circunstancias de este caso, el Tribunal reitera que las autoridades internas son las que deben verificar, en primer lugar, si la decisión de retirar el tratamiento era compatible con la legislación interna y el Convenio y de acomodar los deseos del paciente con el derecho nacional.

El Tribunal considera que, tanto la interpretación del Derecho nacional por el *Conseil d'État* así como el meticulosidad en la forma de conducir el proceso, han sido compatibles con los requisitos del artículo 2 CEDH.

En relación con los recursos disponibles para los demandantes, el TEDH llega a la conclusión de que el presente caso ha sido examinado de una manera minuciosa, se han expresado los diferentes puntos de vista y todos los aspectos han sido considerados cuidadosamente, a la luz de un informe médico de expertos y observaciones generales desde las más altas instancias médicas y organismos éticos. El TEDH concluye, por doce votos contra cinco, que las autoridades internas han cumplido con sus obligaciones positivas derivadas del artículo 2 del Convenio, a la vista del margen de apreciación que se les ofrece en la solución de un caso tan complejo. En otras palabras, no considera que se violaría el artículo 2 del Convenio en caso de ejecución de la sentencia del *Conseil d'État* de 24 de junio de 2014.

El TEDH, a la luz de la argumentación en torno al artículo 2 CEDH, observa innecesario resolver en relación con el artículo 8 CEDH. Considera, en fin, la demanda manifiestamente infundada en relación con el artículo 6 CEDH.

Como he comentado, esta sentencia presenta dudas desde la perspectiva de algunas de las argumentaciones sostenidas por el *Conseil d'État* que han sido muy respetuosamente asumidas por el TEDH, en base al amplísimo –a mi modo de ver- margen de apreciación que ha ofrecido al Estado. Al tratarse de un tema que afecta al Derecho a la vida no me parece satisfactoria que la decisión final no se adopte por una mayoría unánime⁵. Y es que realmente, como ha quedado indicado, el paciente no ha tenido oportunidad de poder decidir sobre su propia vida, bien que los expertos no observan viabilidad alguna a su vida, más allá de su actual estado vegetativo.

En cualquier caso, parece que en temas tan complejos en los que no hay un consenso europeo, como el de la denominada muerte digna, el TEDH tiene una posición deferente con respecto de los Estados. Así, recordemos que en la sentencia recaída en el caso ***Pretty c. el Reino Unido, de 29 de julio de 2002***, el TEDH no considera que la Ley británica que prohíbe el suicidio asistido, suponga una discriminación en el ejercicio del Derecho a la vida. La demandante, que padecía una enfermedad degenerativa que le impedía moverse, solicitó que se permitiera a su marido a ayudarla a morir. Consideraba que el ordenamiento británico era discriminatorio pues si bien no criminaliza el suicidio, sí contempla una respuesta punitiva con respecto de la persona que ayuda a morir. La misma solución se habrá dado recientemente en la ***Decisión de Inamisión Nicklinson y Lamb c. el Reino Unido, de 16 de julio de 2015***.

2.2. Violación del Derecho a la vida por el mal funcionamiento del servicio público de salud: las obligaciones positivas del Estado ante el Derecho a la vida del recién nacido

De las dudas que presenta el caso *Lambert* sobre si debe prolongarse la vida de una manera artificial en casos de estado vegetativo o, por el contrario, dar por finalizada la misma, en el siguiente caso se plantea la indudable obligación positiva del Estado en la adopción de los medios necesarios para garantizar la vida cuando se producen problemas tras el alumbramiento. En efecto, la sentencia ***Asiye Genç c. Turquía, de 27 de enero de 2015***, muestra un caso especialmente patético en el que se deja morir a un

⁵ En efecto, los jueces Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano y Gričco formularon una opinión parcialmente disidente. Gira, precisamente, en torno a la inexistencia de una certeza sobre los deseos reales del Sr. Lambert, lo cual muestra que la mayoría se fundamenta en un testimonio sobre algo trascendental sin que exista prueba determinante al respecto.

recién nacido con problemas respiratorios, trasladándole de un centro sanitario a otro, sin que en ninguno se hagan cargo, alegando una escasez de medios. Las autoridades internas dirán que los médicos no han cometido ninguna falta, por lo que no consideran que haya responsabilidad.

El TEDH comienza su argumentación indicando que el hospital público no debió ignorar el riesgo para la vida del hijo de la demandante en caso de remitirle a otro hospital. En efecto, no había lugar a dudas de la gravedad del estado de salud del bebé así como de la necesidad de una intervención médica de urgencia. Y a pesar de ese riesgo, antes de adoptar la decisión de su transferencia, el personal en cuestión no tomó las medidas necesarias para asegurar que el paciente fuera bien acogido en otro hospital. Tal ausencia de coordinación entre hospitales se prolongó en dos episodios subsiguientes entre dos establecimientos que rechazaron la admisión del bebé, alegando que no tenían medios.

La descoordinación entre los hospitales y la ausencia de un médico que se hiciera cargo del recién nacido no puede justificarse por una simple carencia de medios, dice el TEDH. En efecto, el número y el estado de los equipos en los hospitales de la región no pueden considerarse satisfactorios. Esto demuestra que el Estado no ha velado por la buena organización y funcionamiento del servicio público hospitalario ni, más generalmente, de su sistema de protección de la salud. También subraya que la ausencia de plazas no sólo es achacable a la afluencia de pacientes.

Debido a las idas y venidas de un hospital a otro, el bebé prematuro acabó muriendo. Por tanto, el TEDH dice que *“la demandante debe considerarse como una víctima de un mal funcionamiento de los servicios hospitalarios porque ha sido privada del acceso a un servicio de urgencias adecuado”*. Además, la ausencia de imputación y de una investigación adecuada en relación con los responsables, que no han atendido al bebé, suponen igualmente una interferencia en el ejercicio del Derecho. Las autoridades internas no han precisado si se han seguido los protocolos o si se ha dado una coordinación entre los servicios hospitalarios.

En conclusión, *“la ausencia de unos servicios de urgencias indispensables y la insuficiencia de las investigaciones realizadas conduce al Tribunal a considerar, por unanimidad, que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones en base al artículo del Convenio”*. Por ello, ha habido una violación del

artículo 2 CEDH, que consagra, como se ha dicho, el Derecho a la vida.

III. PROHIBICIÓN DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES: EL CUERPO HUMANO DEBERÁ SER TRATADO CON RESPETO, INCLUSO TRAS LA MUERTE

El siguiente caso presenta un importante aspecto de la dignidad humana, el respeto al cuerpo humano, incluso tras la muerte. Si bien se ha dado un intenso movimiento de solidaridad en países como el nuestro, en los que se ha sensibilizado en torno a la importancia de la donación de órganos y tejidos, habrá que respetar también el cuerpo humano. No será admisible, como se verá a continuación, la extracción de tejidos sin consentimiento y, mucho menos, la entrega del cuerpo a los familiares, una vez realizada la extracción, de una manera en la que no se respete apariencia, tal y como prescribe el artículo 18 del Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002⁶, cuyo artículo 18 (Respeto al cuerpo humano), dispone, *“En el marco de la extracción, se deberá tratar al cuerpo humano con respeto y se deberá tomar toda medida razonable para restablecer la apariencia del cuerpo”*.

En la sentencia recaída en el caso *Elberte c. Letonia, de 13 de enero de 2015*, el marido de la demandante falleció como consecuencia de un accidente de tráfico. En el centro forense, durante la autopsia, le extrajeron tejidos con la finalidad de crear bio-implantes para una empresa farmacéutica alemana, en base a un acuerdo con el Estado. Realizada la autopsia, devolvieron el cuerpo a la demandante con las piernas atadas. La demandante se enteró de la extracción de los tejidos dos años después, en el curso de una investigación penal sobre extracción ilegal a gran escala de órganos y tejidos de cadáveres. Sin embargo, no se llevó a cabo ningún juicio debido a la prescripción de los delitos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza su argumentación indicando que las autoridades internas han interferido en el Derecho al respeto de la vida privada de la demandante. No se han asegurado, a juicio de Estrasburgo, las condiciones legales y prácticas para que la demandante pudiera

⁶ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de marzo de 2014.

manifestar su posición en torno a la extracción de los tejidos de su marido.

En cuanto a la legalidad de la interferencia, se debía determinar si la legislación interna estaba formulada de una manera suficientemente precisa y proporcionaba una protección legal adecuada contra la arbitrariedad en ausencia de una reglamentación administrativa específica. Las autoridades internas discrepaban en torno al alcance de la legislación letona. El centro forense y la policía de seguridad consideraban que existía un sistema de presunción de consentimiento mientras que los investigadores creían que el sistema legal letón se basaba en un sistema de consentimiento informado por parte del donante o de sus familiares. El desacuerdo entre las autoridades mostraba falta de claridad. De hecho, aunque el derecho letón establece el marco para consentir o rechazar la extracción de órganos, no define claramente el alcance de la obligación correspondiente o la discreción ofrecida a los expertos u otras autoridades a este respecto. El Tribunal observa que los instrumentos europeos e internacionales relevantes en esta materia dan una importancia particular a la posición de los familiares. El principio de legalidad requiere igualmente a los Estados asegurar las condiciones legales y prácticas para hacer efectivas sus leyes. Sin embargo, la demandante no ha sido informada de cómo y cuándo sus derechos, como familiar cercana, pueden ser ejercidos.

A continuación, el TEDH analiza si el derecho interno ofrece suficiente protección contra la arbitrariedad. A este respecto dice que es importante, teniendo en consideración el gran número de personas cuyos tejidos han sido extraídos, que los familiares manifiesten de una manera expresa sus deseos contra la gran discreción que se ofrece a los expertos de practicar las extracciones en base a su propia iniciativa. Sin embargo, esto no se realizó. En ausencia de una relación legal o administrativa en esta materia, la demandante no tuvo la posibilidad de expresar sus deseos en relación con la extracción de los tejidos de su marido. En consecuencia, la interferencia en su derecho a la vida privada no fue acorde con el artículo 8.2 CEDH, por lo que el TEDH concluye, por unanimidad, que ha habido una violación del derecho al respeto de la vida privada de la demandante.

Además, el TEDH analiza si se ha dado una violación del artículo 3 CEDH. Al respecto, indica que el sufrimiento de la demandante fue más allá del que se considera normal por la muerte de un familiar. La demandante tuvo que hacer frente a un largo periodo

de incerteza, angustia y malestar debido al desconocimiento de los órganos o tejidos que fueron extraídos y la manera y finalidad de tal extracción. Tras el inicio de la investigación penal general, la demandante ha tenido la incertidumbre durante un largo periodo de tiempo del porqué le devolvieron a su marido con las piernas atadas cuando le fue entregado para el entierro. Es más, descubrió la naturaleza y cantidad de tejidos que se le extrajeron en el transcurso del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual seguramente le debió producir angustia y sufrimiento.

La falta de claridad en el sistema legal en relación con la prestación del consentimiento ha intensificado la angustia de la demandante, teniendo en consideración la naturaleza de los actos que se practicaron al cuerpo de su marido y la falta de acuerdo entre las autoridades mismas en relación a si habían actuado legalmente al extraer tejidos y órganos de los cadáveres.

Finalmente, no se ha llevado a cabo procedimiento judicial alguno en base a la prescripción de las acciones así como por la incerteza sobre si las autoridades actuaron de manera legal. Se ha denegado a la demandante, por tanto, un resarcimiento por una violación de sus derechos de la personalidad en relación con un aspecto muy sensible de su vida privada, el derecho a consentir u objetar la extracción de tejidos del cuerpo sin vida de su marido.

A continuación, el TEDH subrayará, de una manera muy significativa, que *“en el ámbito especializado del trasplante de órganos y tejidos, es generalizada la opinión de que el cuerpo humano debe ser tratado con respeto incluso después de la muerte. Así, los tratados internacionales, como el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina y el Protocolo Adicional han sido aprobados para salvaguardar los derechos de los donantes de órganos y tejidos, vivos o muertos. Es más, el respeto a la dignidad humana forma parte de la esencia del Convenio Europeo”*. Por consiguiente, la dignidad humana también será aplicable tras la muerte. En fin, *“el sufrimiento causado a la demandante ha supuesto indudablemente un trato degradante”*. Por ello, el TEDH dirá por unanimidad que ha habido una violación del artículo 3 CEDH⁷.

⁷ Sobre este tema, me remito al trabajo de Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, “Trasplante de órganos y Derecho Comunitario”, *Revista Universitaria Europea*, nº 22, 2015, pp. 97-136. Véase también el reciente trabajo de Marcos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Derecho a disponer de la propia

IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

4.1. Vientre de alquiler y Derecho al respeto de la vida familiar

En la sentencia recaída en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 27 de enero de 2015, los demandantes celebraron en Rusia un acuerdo de gestación subrogada con una mujer del país. A la vuelta, trascendió a las autoridades públicas italianas que habían adquirido el niño de esa manera, no permitida en Italia, con lo que se les retiró el bebé, de 9 meses de edad, y se derivó a un centro de servicios sociales. El TEDH señala que las autoridades italianas, al adoptar la decisión en base a las políticas públicas del país en materia de gestación subrogada y las normas de adopción internacional, puede que no hayan tenido en cuenta el interés superior del menor. El TEDH subraya que separar al niño de los demandantes fue una medida extrema y sólo puede justificarse en el caso de un peligro inmediato para el menor, por lo que considera que no se han dado las circunstancias que podrían justificar la separación del niño de los demandantes. Sin embargo, el TEDH dice que esto no debe entenderse como una obligación a Italia de devolver el niño a los demandantes, ya que indudablemente el menor habrá desarrollado lazos emocionales con la familia adoptiva con la que ha estado viviendo desde 2013. Se concluye, por cinco votos contra dos que ha habido una violación del artículo 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida familiar)⁸.

La consideración del interés superior del menor en este caso debe comprenderse en el contexto de dos asuntos anteriores. Me refiero a las sentencias recaídas en los casos, *Menesson c. Francia y Lebasse c. Francia*, ambas de 26 de junio de 2014. El TEDH dice en estas sentencias que no se entromete en la prohibición legítima de la técnica de la gestación

salud. Donación y trasplante de órganos y tejidos celulares”, en el libro colectivo *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 277-296.

⁸ Esta decisión no se adoptó por unanimidad. En efecto, los jueces Raimondi (Italia) y Spano (Islandia) formularon una opinión parcialmente disidente. Argumentan, entre otras cuestiones, que no se puede dar la cualificación de vida familiar a personas que no tienen un vínculo biológico cuando el origen de la custodia se ha basado en un acto ilegal, infringiendo el orden público. En esta consideración, tienen en cuenta la posible conducta ilegal en el origen del establecimiento de la relación familiar de hecho así como el análisis de la proporcionalidad requerido en el contexto del artículo 8, en cuanto al breve espacio de tiempo en el que la familia permaneció unida.

subrogada ni en la denegación de la inscripción de hijos de ciudadanos franceses gestados en Estados extranjeros por medio de esta técnica. Esta prohibición, reconoce el Alto Tribunal, puede tener como fin legítimo la protección de la salud, así como desincentivar esta práctica que se considera contraria al orden público internacional en Francia. Sin embargo, en base al interés superior del menor, la no inscripción en el Registro Civil de estas filiaciones constituye, a modo de ver del TEDH, una violación del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores, pues afecta a la imposibilidad de adquirir la nacionalidad del país de sus padres así como otros derechos, como los sucesorios. Por ello, el TEDH concluye que en estos casos se da una violación del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores, tal y como viene recogido en el artículo 8 CEDH.

4.2. La prohibición del «parto en casa» no es contraria al Convenio

Uno de los temas actuales que entraña más dificultades es el de la delimitación de hasta qué punto deben extenderse los derechos sociales en la medida en que requieran financiación pública para llevarlos a la práctica. En este ámbito, destaca especialmente el Derecho a la salud. Cada Estado, en base a sus posibilidades financieras, decidirá la cobertura de los servicios públicos de salud que sea capaz de prestar⁹. Quizá en este contexto podríamos situar la sentencia recaída en el caso *Dubská y Krejzová c. la República Checa*, de 11 de diciembre de 2014. Las demandantes son dos mujeres a favor de dar a luz en casa. Sin embargo, el derecho checo prohíbe a los profesionales de la salud asistir alumbramientos en domicilios.

La primera demandante, mientras estaba embarazada de su segundo hijo, decidió dar a luz en su hogar. Se animó a ello debido a su experiencia con el nacimiento de su primer hijo en 2007 en un hospital en la que le practicaron varias intervenciones quirúrgicas y tuvo que permanecer ingresada más tiempo del que ella deseaba. Se le informó de que la legislación del país no contempla la posibilidad de un seguro de salud que cubra los gastos del alumbramiento en casa y que a las comadronas sólo se les permitía asistir alumbramientos en dependencias hospitalarias con el equipamiento técnico exigido por la ley. A pesar de la

⁹ En torno a este tema, resulta de interés la Decisión de Inadmisión *Valentina Pentiacova y Otros c. Moldavia*, de 4 de enero de 2005, que comenté en la crónica “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo* 9 (www.iustel.com), 2005, pág. 23.

claridad del derecho interno, la primera demandante finalmente tendría a su segundo hijo en su casa. Un año después, el Tribunal Constitucional checo desestimó su demanda en relación con la denegación de la solicitud que realizó de que se le asistiera como ella pretendía para el parto por un profesional de salud.

La segunda demandante tuvo a sus dos primeros hijos en casa, con la ayuda de comadronas, que le asistieron sin autorización estatal. En el momento en el que presentó la demanda ante el TEDH, estaba embarazada de su tercer hijo pero no encontraba comadronas porque en base a la nueva legislación, que entró en vigor el 1 de abril de 2012, las comadronas se exponían a duras sanciones si asistían en el parto a embarazadas sin autorización. Finalmente, dio a luz en un hospital reconocido por ser respetuoso con los deseos de las madres durante el alumbramiento.

En base al artículo 8 del Convenio, ambas demandantes se quejan del hecho de que las madres no tienen libertad de elección a la hora de dar a luz, debiendo hacerlo forzosamente en un hospital.

El TEDH observa que la imposibilidad para las demandantes de ser asistidas por comadronas al alumbrar en casa, supone una interferencia en el Derecho al respeto de sus vidas privadas. El TEDH subraya que los derechos a la autonomía personal y a la integridad física y psicológica quedan integrados en el ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, el TEDH reconoce que la interferencia tiene una base legal y que las demandantes pudieron prever que la posibilidad de dar a luz en casa estaba prohibida por el ordenamiento jurídico. La interferencia servía a una finalidad legítima: la protección de la salud y los derechos de los demás en el sentido del artículo 8 CEDH. No había lugar a dudas de que la ley checa en cuestión se aprobó con la finalidad de proteger al bebé y a la madre durante el alumbramiento y en los momentos posteriores.

En relación con la cuestión de si la interferencia fue necesaria, el Tribunal observa, en concreto, que no hay un consenso europeo en la cuestión de si se deben permitir los alumbramientos en casa y en qué circunstancias. El tema requiere una evaluación por las autoridades nacionales teniendo en cuenta datos de expertos y científicos. En la ponderación se deberá respetar el margen de apreciación del que goza el Estado en cuanto a consideraciones de carácter económico y social, como la previsión de recursos económicos para establecer un sistema de emergencia

específico para los partos en casa, lo cual podría significar trasladar fondos del sistema de maternidad general de los hospitales para poder atender esta nueva variante. Por estas razones, el Tribunal considera que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en la regulación de esta cuestión. Es cierto, dice el TEDH, que al ponderar los intereses en conflicto, el Gobierno checo se ha fijado fundamentalmente en la finalidad de proteger los intereses del bebé. Las madres, como las demandantes, pueden elegir un hospital en el que se respeten sus deseos pero han comprobado que no era algo que estuviera garantizado.

La mayoría de los estudios de investigación sobre la seguridad de los alumbramientos en casa indican que si se cumplen ciertos requisitos, no hay mayor riesgo que en los hospitales. No obstante, ello es así en casos de embarazos de bajo riesgo y siempre que las madres sean atendidas por comadronas calificadas. La situación del país, en el que no se permite a las madres dar a luz en casa y en el que no hay un sistema de emergencia especial vigente, incrementa el riesgo a la vida y salud de la madre y el niño. El TEDH también tiene en consideración lo alegado por el Gobierno checo en el sentido de que si un embarazo no presenta complicaciones especiales, no se van a dar dificultades inesperadas si la madre es atendida en un hospital. A la luz de estas consideraciones, el TEDH concluye que las madres afectadas, incluyendo las demandantes, no tienen que soportar una carga excesiva ni desproporcionada. Al mismo tiempo, sin embargo, el TEDH subrayará que las autoridades checas deben mantener estas previsiones normativas bajo constante revisión, teniendo en cuenta los avances médicos, científicos y legales en la materia. Seguramente el TEDH ha valorado que el parto en casa parece que rápidamente gana mayor aceptación en las sociedades europeas.

En conclusión, el Tribunal considera, por una mayoría, que no ha habido una violación de los derechos de las demandantes referidos al artículo 8 CEDH¹⁰.

4.3. Relaciones de sujeción especial en el ámbito hospitalario

El siguiente caso también se refiere al sistema de protección de la salud en el momento del parto, en el ámbito hospitalario de la República Checa. En

¹⁰ El juez Mark Viliger y la juez Ganna Yudkivska expresaron una opinión concurrente común. El juez belga, Paul Lemmens, expresó una opinión disidente.

efecto, en la sentencia recaída en el caso *Hanzelkovi c. la República Checa, de 11 de diciembre de 2014*, la demandante, una vez dio a luz, al encontrarse bien, abandonó el hospital, a pesar de la oposición del equipo médico. El hospital, a instancias de los servicios sociales, dictó una nota observando que “dado el breve periodo de tiempo transcurrido desde el nacimiento, la salud y la vida del bebé está en riesgo si se le priva del cuidado hospitalario”. La autoridad entonces solicitó al Tribunal de distrito la adopción de una medida cautelar en base al Código de Procedimiento Civil con la finalidad de proporcionar al niño el cuidado debido. El Tribunal aceptó la solicitud el mismo día. Entonces, un alguacil y un trabajador social acudieron al domicilio de la demandante. El médico, aunque pudo comprobar que el niño no tenía problemas de salud, decidió ejecutar la medida cautelar y llevaron tanto a la madre como al niño al hospital. Una vez en el hospital, el niño fue nuevamente examinado y se constató su buen estado de salud. Madre e hijo fueron forzados a permanecer en el hospital dos días, tiempo en el que no necesitaron tratamiento. Por solicitud de la madre, que firmó una renuncia expresa a más cuidados tras ser informada debidamente, se les permitió abandonar el hospital, 50 horas después del nacimiento.

El TEDH observa que en este caso es aplicable el artículo 8 CEDH pues la madre tuvo que retornar al hospital en contra de su voluntad pues era la única manera de no separarse de su hijo recién nacido. Ni la breve estancia en el hospital ni el hecho de que los demandantes no hayan seguido tratamiento médico alguno en el hospital, afecta a la consideración del TEDH de que la situación enjuiciada constituía una interferencia en su Derecho al respeto de su vida privada y familiar.

El TEDH observa que madre e hijo fueron trasladados de vuelta al hospital en ejecución de una medida cautelar adoptada por el Tribunal de Distrito en base al Código de Procedimiento Civil. La disposición relevante se contempla para casos en los que se abandona un bebé o está en riesgo su vida o un desarrollo saludable. La interferencia en cuestión, en principio, se ha guiado por un fin legítimo, la protección de la salud y los derechos de los demás, en este caso, del recién nacido.

El TEDH considera que la toma del cuidado de un bebé recién nacido en contra de la posición de la madre es una medida muy dura. Debe darse una razón imperiosa para que un bebé sea retirado de la

atención de su madre, así como la adopción de un procedimiento en el que no se implicó ni a su madre ni a su pareja. El médico, sin embargo, no puede ser criticado por haber notificado a la autoridad de servicios sociales ya que la conducta inicial de la demandante pudo causar preocupación al equipo médico del hospital.

En relación con la resolución judicial en base a la cual se adoptó la medida cautelar, puede decirse que era especialmente lacónica y simplemente se refirió a la breve nota del médico, que indicó un riesgo general para la salud y la vida del recién nacido sin ofrecer más detalles. No se deduce de la orden que se haya intentado obtener más información sobre el caso o que se haya intentado una medida menos intrusiva en el Derecho al respeto a la vida familiar de la demandante.

En consecuencia, el TEDH no está convencido de que hubiera razones de peso especiales para retirar al niño de su madre sin el consentimiento de ésta. Sin sustituir la propia opinión de las autoridades nacionales y sin tratar de especular sobre las medidas de protección de la salud más recomendadas para el recién nacido, el Tribunal se ve obligado a decir que el tribunal interno adoptó una medida muy radical al enviar al recién nacido al hospital en compañía de la policía y un alguacil –una medida que debía ejecutarse inmediatamente- ya que debió observar la posibilidad de otras soluciones que implicaran una interferencia menos extrema en el Derecho al respeto de la vida familiar de la madre y el recién nacido.

Así pues, la grave interferencia en el Derecho a la vida privada y las condiciones en las que se llevó a cabo, han sobrepasado el margen de apreciación del Estado. Tuvo efectos desproporcionados en la expectativa del disfrute de la vida familiar justo después del nacimiento. Si bien se debían dar medidas de precaución para proteger la salud del bebé, la interferencia en el Derecho a la vida familiar provocada por la medida cautelar no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. Por consiguiente, se decide por 5 votos contra 2 que ha habido una violación del artículo 8 CEDH. Con la misma mayoría, el TEDH también concluyó que había habido una violación del artículo 13 CEDH porque los demandantes no dispusieron de una medida efectiva mediante la cual hubieran podido someter en el ámbito interno sus quejas en relación con la violación del Convenio.

V. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES: REDUCCIÓN DE LAS LICENCIAS PARA LA VENTA DE TABACO Y PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el marco de la Ley húngara del Tabaco, de 11 de septiembre de 2012, la venta de este producto pasó a ser controlada por la Empresa Nacional de Comercio del Tabaco que, con la finalidad de reducir el consumo de tabaco y evitar especialmente su acceso a los menores de edad, redujo drásticamente el número de licencias a establecimientos autorizados. Únicamente se autorizarían 7.000 puntos de venta, frente a los más de 40.000 que existían antes de su entrada en vigor.

En la sentencia recaída en el caso *Vékony c. Hungría*, de 13 de enero de 2015, la familia del demandante llevaba una tienda de ultramarinos desde 1994, en la que vendían tabaco y otros productos relacionados. Tras la reforma legislativa, no se les renovó la licencia. No reunían las condiciones -más estrictas- exigidas por la nueva ley.

El TEDH comienza su argumentación indicando que la cancelación legal y la no renovación de la licencia del demandante para vender tabaco constituyó una medida de control del uso de la propiedad que conllevó una interferencia en sus derechos referidos en el artículo 1 del Protocolo nº 1.

La pérdida de la licencia, observa el TEDH, tuvo un impacto negativo, muy considerable, en el negocio del demandante. Perdió un tercio de su recaudación habitual. El periodo transitorio contemplado entre la entrada en vigor de la ley y el plazo para terminar la venta de tabaco -10 meses- fue insuficiente, a modo de ver del Tribunal. Además, está implícito en el artículo 1 del protocolo nº 1 que cualquier interferencia en el goce pacífico de las posesiones debe acompañarse de garantías procedimentales que permitan a los afectados una oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades y poder cuestionar efectivamente las medidas. Una medida de control desproporcionada y arbitraria no satisface los requerimientos de la protección de la posesión en base al artículo 1 del Protocolo nº 1.

El TEDH observa que se ha impuesto al demandante una carga excesiva. Para llegar a esta conclusión, observa que la licencia del demandante se ha extinguido sin indemnización, la medida se ha introducido de una manera improvisada, la pérdida de

la vieja licencia ha sido automática, no se ha dado audiencia al interesado ni se ha contemplado un recurso contra la medida y el demandante no tenía una posibilidad realista de conservar su posesión porque el proceso de otorgamiento de nuevas concesiones fue arbitrario y no daba preferencia a los antiguos poseedores de licencias. Por todo ello, el TEDH concluye por unanimidad que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1¹¹.

VI. FINAL

En este trabajo se ha pretendido realizar un repaso de la jurisprudencia reciente del TEDH dictada en materia de salud, que ha sido especialmente prolija. No se ha querido, deliberadamente, realizar un estudio exhaustivo de la evolución de la jurisprudencia en la materia, misión que conllevaría, seguramente, una monografía. La tarea que se ha desarrollado es, por tanto, mucho más humilde. Se ha tratado de dar cuenta de las recientes sentencias y decisiones que se han dictado sobre temas tan actuales y que generan tanto debate como la eutanasia, el “derecho a una muerte digna”, la gestación subrogada, el respeto a la dignidad del cuerpo humano tras el fallecimiento, entre otros.

Enlazando con la introducción, debe destacarse la eficacia de esta jurisprudencia en el Derecho español, vía art. 10.2 de la Constitución. En materia de gestación subrogada, por ejemplo, las decisiones comentadas deberán ser tenidas en cuenta por nuestros poderes públicos en la garantía y respeto del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores gestados mediante esta variante, en aras a la protección del principio del interés superior del menor. La jurisprudencia en esta materia ha quedado claramente definida por Estrasburgo por lo que ya no habrá lugar a las vacilaciones que se han dado en casos planteados tanto en España como en otros Estados integrantes del Consejo de Europa. En materia de eutanasia y muerte digna, sin embargo, el TEDH, como se ha visto, opta por respetar el amplio margen de apreciación que se otorga a los Estados, al tratarse de un tema complicado desde la perspectiva de las connotaciones éticas, jurídicas, sociales y filosóficas. Tendremos que estar, no obstante, al análisis de cada caso concreto así como la evolución del consenso europeo que se pueda dar en los próximos años.

¹¹ Este trabajo ha sido concluido en Madrid, el 22 de junio de 2015.

No menos significativas serán, desde la perspectiva española, sentencias como la referida a las exigencias del respeto del cuerpo humano, incluso tras la muerte, y su conexión con los derechos humanos clásicos; o la ineludible exigencia del sometimiento al régimen propio de las organizaciones en el ámbito de las relaciones de sujeción especial; o la condena por la no prestación adecuada de los servicios de salud contemplados en la cobertura sanitaria, sin que el déficit presupuestario pueda ser alegado como causa de exención, lo cual entronca necesariamente con la ineludible exigencia del nivel de protección de la salud en un Estado Social.

En fin, las sentencias y decisiones recientes dictadas muestran que la salud es un tema en muy vivo, que presenta nuevos retos a los que el TEDH trata de dar solución satisfactoria en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 37, 2014, pp. 1-5.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 9, 2005, pp. 23-24.
- CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA, “Las políticas sanitarias de carácter regresivo. ¿Qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?”, *Derecho y Salud*, 23-2, 2013, pp. 107-131.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, 157 p.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando; VAQUERO RAMIRO, Susana: “Trasplante de órganos y Derecho Comunitario”, *Revista Universitaria Europea*, nº 22, 2015, pp. 97-136.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos: “Derecho a disponer de la propia salud. Donación y trasplante de órganos y tejidos celulares”, en VVAA: *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 277-296.

- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2009, 949 p.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 204 p.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Civitas, Cizur Menor, 2006, 169 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, 675 p.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, págs. 9-44.

EL ACCESO INDEBIDO A LOS DATOS CLÍNICOS POR PERSONAL SANITARIO Y LA APLICACIÓN DE LOS ART. 197 Y 198 DEL CP: APROXIMACIÓN A DOS RECIENTES SENTENCIAS CON HECHOS IDÉNTICOS Y FALLOS DISPARES¹

Jesús García Garriga

*Abogado de la CAIB² en Comisión de Servicios
Funcionario del Cuerpo Superior de la CAIB*

SUMARIO: : 1. **Introducción;** 2. **La intimidad, la confidencialidad en el ámbito sanitario y el secreto médico:** 2.1. El derecho constitucional a la intimidad y su relación con la confidencialidad en el ámbito sanitario; 2.2. La historia clínica y el secreto médico: sus límites y las garantías a su vulneración; 3. **Del descubrimiento y la relevación de secretos en el Código Penal:** 3.1. Del artículo 197 del CP; 3.2. Del artículo 198 del CP; 4. **Análisis de dos sentencias coetáneas en el tiempo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca: Sentencia nº 5/2015, de 28 de enero y Sentencia nº 20/2015, de 16 de febrero:** 4.1. Sentencia nº 5/2015, de 28 de enero; 4.2. Sentencia nº 20/2015, de 16 de febrero; 4.3. Reflexiones finales; 5. **Sentencia nº 532/2015, de 23 de septiembre de 2015, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo;** 6. **Bibliografía.**

RESUMEN

El ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad personal se ha extendido a los datos personales contenidos en soportes informáticos, que en el ámbito sanitario se concentra en las historias clínicas. A este respecto, y al margen de otros sistemas de garantías existentes en el ordenamiento jurídico, son objeto de análisis dos recientes Sentencias dictadas por un mismo Tribunal que ante hechos idénticos y coincidencia en la aplicación del artículo 197.2 del CP, por el contrario, difieren en la aplicación del artículo 198 del CP.

¹ Sentencia nº 5/2015, de 28 de enero y Sentencia nº 20/2015, de 16 de febrero, ambas dictadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

² CAIB: Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la intimidad personal, historia clínica, delito de descubrimiento y relevación de secretos, agravante.

ABSTRACT

The scope of protection of the fundamental right to privacy has been extended to the personal data on computer media, which in the health sector focuses on the clinical history. In this respect, and apart from other systems existing guarantees in the legal system, it is analysed two recent judgments delivered by the same Court that identical facts and overlap in the application of Article 197.2 of the criminal law, however, differ on the application of Article 198 of the criminal law.

KEYWORDS

Right to personal privacy, clinical history, crime discovery and relief secrets, aggravation.

1. INTRODUCCIÓN

La lectura de dos todavía recientes Sentencias emitidas por el mismo órgano jurisdiccional, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, son las que han motivado la voluntad de profundizar sobre el tema y, en definitiva, la redacción del presente estudio. En las mismas, existiendo una más que aparente identidad de hechos, por contra, la aplicación de los tipos penales difiere. Evidentemente, no en lo sustancial, pero sí en una cuestión principal: la aplicación o no del tipo agravado previsto en el artículo 198 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)³. Para ello, se partirá, en primer lugar, en el desarrollo del contenido de unos primeros epígrafes previos en los que se recordarán las bases de conceptos normativos y jurídicos necesarios, que permitirán complementar y entender mejor los fundamentos de las dos Resoluciones; para pasar, posteriormente, al resumen y análisis de las mismas desde la perspectiva de las decisiones y fundamentos dispares de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, y vista la diferencia del sentido del Fallo de ambas Sentencias, es un hecho conocido por los abogados, en su función de operadores intervinientes en las decisiones de los órganos jurisdiccionales (encargados éstos de la aplicación e interpretación de las normas y Leyes), la existencia de sorpresas jurídicas que, sin ser contrarias a la función jurisdiccional, no dejan de ser la representación del grado de seguridad jurídica en el que se encuentra el sistema jurisdiccional español, lo que es el resultado de la redacción de algunas normas o de la deficiencia de recursos materiales y humanos, lo que es una cuestión reconocida por todos los actores públicos y políticos, especialmente en relación con el resto de países de la Unión Europea⁴.

El poder judicial en España está compuesto por el conjunto de juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados, que tienen la potestad de administrar justicia en nombre del Rey. Y, regulado en el Título VI de la Constitución Española de 1978 (CE),

³ De conformidad con la redacción contenida en este texto legal con fecha anterior a la reciente reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el pasado 1 de julio de 2015.

⁴ Estudio de indicadores del funcionamiento de los sistemas judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea, publicado en Estrasburgo el 14 de marzo de 2014.

exclusivamente a dichos juzgados y tribunales corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. En ejercicio de dicha potestad, los juzgados y tribunales conocen y deciden todos los procesos de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Y ello, bajo el prisma de los principios esenciales necesarios para el correcto funcionamiento del Poder Judicial; estos principios son los que se citan en el artículo 117.1 de la CE: imparcialidad, independencia, inamovilidad, responsabilidad y legalidad.

Derivado de estos principios, cada órgano jurisdiccional en su propio ámbito de actuación, debe proceder con *imparcialidad*, en garantía de la tutela judicial efectiva en la comprensión y decisión de los asuntos de los que conozca; *independencia*, incluso respecto de tribunales superiores (que garantizan la unificación doctrinal y la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las normas) y de los órganos de gobierno del poder judicial; pero siempre *sujetos al imperio de la Ley*, lo que implica el hecho de estar sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, al igual que el resto de autoridades y del conjunto de los ciudadanos.

Pues bien, a pesar de la existencia de todas estas garantías, y precisamente en la independencia que tiene en el ejercicio de sus funciones cada órgano jurisdiccional a la hora de interpretar y aplicar la Ley, en el presente estudio partimos de dos Sentencias, separadas en el tiempo por poco menos de un mes, que bajo hechos casi idénticos, se resuelven con pronunciamientos dispares, a pesar de ser dictadas por la misma Sección del mismo Tribunal de Justicia; eso sí, compuestas por distintos Magistrados y Magistradas.

2. LA INTIMIDAD, LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO Y EL SECRETO MÉDICO

Con carácter previo a la aproximación y análisis de las Sentencias objeto del presente estudio, tal y como se ha anticipado en la introducción, se hace necesario un recordatorio, siquiera sea de forma sucinta, de alguno de los conceptos normativos esenciales que forman parte de los hechos y fundamentos de dichas Resoluciones, los que se desarrollan a continuación en el presente epígrafe.

2.1. El derecho constitucional a la intimidad y su relación con la confidencialidad en el ámbito sanitario

La intimidad viene definida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵, en su segunda acepción, como: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. De esta definición ya se observa de una forma resumida que lo íntimo forma parte de lo interior de la persona y que, además, debe estar bajo el sustento del respeto de los demás al ser una zona reservada. Ahora bien, debemos adoptar las palabras de los hermanos SÁNCHEZ-CARO cuando afirman que “la enorme complejidad de un concepto como la intimidad estriba en que sus fundamentos se hallan en campos tan diversos como la etiología, la antropología, la historia, la psicología, la sociología, la política, el derecho, la ética y la filosofía”⁶.

Por ello, si bien el estudio del concepto de la intimidad podría llevar a un desarrollo mucho más exhaustivo, nos centramos en lo que aquí nos interesa en relación con las Sentencias a analizar, que es el concepto jurídico y constitucional y, respecto a éste, su incidencia en el ámbito sanitario.

En este sentido, partiendo de la regulación contenida en el artículo 18 de la CE, se distinguen dos derechos fundamentales a la intimidad. Por un lado, el previsto en el artículo 18.1 de la CE, que dice expresamente que: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, como derecho genérico y en abstracto que debe proteger de cualquier incidencia sobre el ámbito de la vida personal y familiar. Y, por otro lado, el artículo 18.4 de la CE, que dice: “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, que se ha reconocido como tal derecho fundamental por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 292/2000, de 30 de noviembre, como derecho que forma parte del ámbito de control del individuo de los datos personales que le son propios, a los que tiene derecho de acceso de rectificación y cancelación, lo que se ha protegido mediante el desarrollo de este precepto con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y su reglamento

de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

En estas dos últimas normas tenemos que los datos personales relativos a la salud de las personas están calificados como de especial protección (artículos 7 y 8 de la LOPD) y vienen definidos en el artículo 5.1 g) del RD 1720/2007 como: “Datos de carácter personal relacionados con la salud: las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética”.

De esta forma, la protección de estos datos debe aplicarse por todos los centros sanitarios y su personal en el acceso y utilización de los mismos. Toda esta regulación se ha visto complementada con 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; en cuyo artículo 7, por lo que aquí interesa, establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

Por tanto, como se puede observar, el derecho constitucional a la intimidad personal se vincula y está relacionado con todo lo que se refiere a la normativa relativa a la protección de datos, debiéndose respetar el carácter confidencial de estos datos y estableciendo los mecanismos y medidas tendentes a garantizar con procedimientos protocolizados el accesos a los datos de los pacientes. De este modo se conforma el conjunto de documentos y datos de los pacientes en lo que se denomina como historia clínica, cuyo contenido y concepto desarrollaremos a continuación.

Ahora bien, con carácter previo, debemos fijar un aspecto esencial del derecho a la intimidad que

⁵ Contenido de la 22ª edición, del año 2012, en versión digital.

⁶ Jesús y Javier Sánchez-Caro, en su obra “El médico y la intimidad”, Madrid, Ed. Díaz de Santos 2001, p. 3.

se concreta en el ámbito sanitario, cual es la *confidencialidad* ya señalada en el precepto transcrito más arriba, que supone la obligación del profesional de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin su permiso específico. Lo que en términos teóricos se define en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española⁷ como: “*Que se hace o se dice en confianza o con seguridad reciproca entre dos o más personas*”. Se extrapola en el ámbito sanitario en aquella relación entre médico y paciente por la que este último tiene un derecho al silencio del médico, lo que implica la obligación de mantener en secreto (*secreto médico*) 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. Por ello, la confidencialidad compete a la comunicación de información privada y personal de una persona a otra, cuando se espera que quien recibe la información, como profesional de la salud, no revelará la información a una tercera persona.

Por ello, en el ámbito sanitario, para proteger esa parcela de la personalidad del individuo, ya la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 61⁸, preveía una serie de garantías, actualmente reguladas y previstas en la Ley 41/2002.

Contenido de gran importancia a estos efectos, que fija el derecho del paciente a la información, al consentimiento informado, a acceder a su historia clínica y a que ésta sea custodiada debidamente, garantizándose su derecho a la intimidad. Y, simultáneamente, estos derechos del paciente generan para el facultativo una serie de obligaciones consistentes de forma resumida y básica en la elaboración del documento con la máxima fidelidad, en la custodia del mismo y en la salvaguarda de su contenido. Obligaciones, que, en definitiva no sólo se circunscriben

a los facultativos, sino que se extienden al resto de personal sanitario, tanto médico sanitario como administrativo, que actúa o que tenga acceso a las historias clínicas.

2.2. La historia clínica y el secreto médico: sus límites y las garantías a su vulneración

A continuación de lo expuesto en el apartado anterior, y aunque ya se ha ido adelantando algún detalle, debemos profundizar en la fijación de dos aspectos fundamentales para aproximarnos al contenido de las Sentencias a analizar con posterioridad, como son: por un lado, el concepto y las características de la historia clínica; y, por otro, el secreto médico, como una expresión de la obligación de confidencialidad.

2.2.1. La historia clínica

Hasta la entrada en vigor en España de la Ley 41/2002, el 15 de mayo de 2003, no existía una definición legal de lo que era la historia clínica.

Como se ha señalado en el punto anterior, el antecedente próximo y directo era la regulación contenida en el artículo 61 de la Ley 14/1986, que abordaba la cuestión, pero desde un punto de vista de las finalidades que se debían cumplir, esto es, sin que existiera una definición concreta de la historia clínica.

Pues bien, al margen de otros conceptos, se puede definir la historia clínica como:

*“El documento médico legal en donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarios realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia”*⁹.

O, tal y como se define por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española¹⁰, en la acepción prevista al efecto en la palabra historia:

“Relación de los datos con significación médica referentes a un enfermo, al tratamiento a que se le somete y a la evolución de su enfermedad”.

9 V. M^a. Teresa Criado del Río, *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Ed. Colex 1999 (p. 23).

10 Contenido de la 22^a edición, del año 2012, en versión digital.

7 Contenido de la 22^a edición, del año 2012, en versión digital.

8 Artículo 61, derogado con la entrada en vigor de la Ley 41/2002, en el que se establecía que: “*En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única para cada uno deberá mantenerse, al menos dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes*”.

En este sentido, como hemos visto anteriormente y ya es sabido, la Ley 41/2002 ha introducido una nueva regulación y, en su momento, cubrió la laguna legislativa existente con relación a este nuclear documento.

Así, en su Capítulo V, artículos 14 a 19, se regulan correlativamente, la definición y archivo de la historia clínica; su contenido; sus usos; la conservación de la documentación clínica; el derecho de acceso a la historia clínica y los derechos relacionados con su custodia.

Por tanto, como es de ver, ya existe una definición legal de la historia clínica, contenida en el artículo 14 de la Ley 41/2002 en los siguientes términos:

“1. La historia clínica comprende 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”.

Y en dicho conjunto de documentos, se incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, lo que constituye, a su vez, un derecho del paciente a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada.

Derivado de lo anterior, la historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. A estos efectos, el contenido mínimo de la historia clínica siguiendo lo estipulado en el artículo 15 de la Ley 41/2002, será el siguiente: la documentación relativa a la hoja clínico estadística; la autorización de ingreso; el informe de urgencia; la anamnesis y la exploración física; la evolución; las órdenes médicas; la hoja de interconsulta; los informes de exploraciones complementarias; el consentimiento informado; el informe de anestesia; el informe de quirófano o de registro del parto; el informe de anatomía patológica; la evolución y planificación de cuidados de enfermería; la aplicación terapéutica de enfermería; el gráfico de constantes; el informe clínico de alta.

Consecuencia de esto, la cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, es responsabilidad inmediata de los profesionales que intervengan en ella.

Por su parte, en la protección de todos estos datos, prevé igualmente la norma de aplicación –en correlación con la LOPD y su reglamento de desarrollo– que cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

Asimismo, se exige que las Administraciones sanitarias establezcan los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura.

En todo caso, por último, debemos señalar que la historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración, en cada institución asistencial como mínimo, para facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente en cada proceso asistencial.

Por todo ello, y al margen de las obligaciones de conservación y de los derechos de acceso y custodia que puedan tener los pacientes, el artículo 16 de la Ley 41/2002, relativo al uso de la historia clínica, establece que:

“1. La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

2. Cada centro establecerá los métodos que posibilitem en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten.

3. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada

caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínicoasistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicoasistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos.

4. El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

6. El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

7. Las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso”.

Toda esta realidad normativa descrita en los párrafos anteriores viene a dar idea de la multitud de elementos implicados en la configuración de la historia clínica, lo que alcanza especial relevancia desde el punto de vista punitivo como se verá en el caso de las Sentencias a estudiar, en la consideración de que la historia clínica hospitalaria o de un centro de salud público deviene en un documento administrativo, que se encuentra bajo la custodia de empleados públicos. Y que, en la realidad práctica, del mismo modo que ha habido una evolución tecnológica de la sociedad, lo que antes se configuraba como un archivo en soporte papel, ha pasado a convertirse, fruto de las nuevas tecnologías y por razones de utilidad práctica, en recopilaciones de archivos contenidos en soportes informáticos que permiten ahorrar espacio y tiempo en la búsqueda de los datos; pero, por su parte, al mismo tiempo permiten un fácil acceso de los que tienen a su disposición esos datos si se quiere hacer un mal o inadecuado uso de los mismos.

Lo que también se dificulta con la existencia de nuevas fórmulas de trabajo en equipo, que amplía el número de personas que tienen acceso a las historias clínicas de los pacientes.

Por todo ello, tal y como establece el precepto transcrito más arriba, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios y el personal sanitario que accede a los datos de las historias clínicas de los pacientes en el ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de secreto.

2.2.2. El secreto médico: sus límites y las garantías a su vulneración

Como ya se ha adelantado, en el ejercicio de sus funciones, el personal sanitario tiene el deber de mantener secreto. Lo que se debe hacer con mayores exigencias si cabe en la consideración del médico, en virtud del deber de confidencialidad ya referenciado anteriormente.

La condición del médico ya se ha destacado como una figura que tradicionalmente se vio por el paciente como la encarnación de la confianza y seguridad aportadas, no sólo por sus conocimientos científicos, sino también por la receptividad de éste hacia sus problemas, convirtiéndose así el profesional de la medicina en el fiel custodio de las intimidades del paciente.

De hecho, el secreto médico, desde una perspectiva tanto moral como jurídica se fundamenta en una especie de contrato tácito surgido entre el que ejerce

la profesión y aquél que acude en busca de su consejo o de un remedio. Pues bien, desde el punto de vista normativo, y aunque no existe una regulación concreta y específica del deber al secreto médico, se debe partir de una base indiscutible, que ya hemos anticipado en párrafos anteriores, como es la estrecha vinculación existente entre el secreto médico y el derecho a la intimidad.

A este respecto, partiendo de lo previsto en el artículo 18 de la CE, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen han sido objeto de un tratamiento específico por parte del legislador en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, cuyo artículo 1.1. dispone que: “1. *El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica*”; configurándolo como inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Por su parte, el artículo 7 de la misma Ley hace referencia a las intromisiones ilegítimamente producidas en este derecho, mencionando expresamente en su apartado 4 la siguiente: “*La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*”; lo que está íntimamente vinculado con el secreto médico, fuente inagotable de información del paciente.

La Ley 14/1986, ya abogó por la intimidad del paciente y el deber del secreto médico, tal y como prevén los apartados 1 y 3 de su artículo 10 en los siguientes términos: “*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:*

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

(...)

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

Todo lo cual, se complementa con diversidad de normativa de desarrollo, así como los Códigos Deontológicos de los colegios profesionales.

Además, tal y como explica BELTRÁN AGUIRRE¹¹ el secreto médico sólo puede entenderse no como un derecho, sino como un deber “*u obligación derivada o consecuencia del derecho a la intimidad de los enfermos y de la cualidad de confidenciales de los datos obtenidos*”. No obstante, la STS de 2-7-1991 (RJ 1991/6219) afirma que el secreto médico es una de las modalidades del secreto profesional y que “*no se trata en sí mismo de un derecho fundamental*”, porque los “*derechos fundamentales realmente protegidos mediante el secreto profesional, son los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conceptos cuyo contenido esencial está constituido por valores inmateriales, pertenecientes al fuero de la conciencia individual*”. El citado autor asimismo enumera los supuestos en los que el deber de secreto médico cede, como son los casos de enfermedades infecto-contagiosas (artículo 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública); ante el resto del personal sanitario o auxiliar, que también se ven obligados por el deber de secreto a tenor del artículo 199 del Código Penal, que asiste al enfermo; cuando una norma lo disponga por razones de interés general; por mandato judicial y cuando deban denunciar un posible delito (artículo 576 del Código Penal).

Ahora bien, siendo que los contornos del contenido del secreto médico son muy imprecisos, éste no se trata de un derecho absoluto del paciente, sino que puede tener un carácter relativo, lo que permite analizar en términos genéricos sus límites y, por otro lado, las garantías o respuestas existentes ante su vulneración.

Los límites al secreto médico

En la actualidad, con respecto a los límites del secreto médico, puede encontrarse en el artículo 30 del vigente Código de Ética y Deontología Médica¹² lo siguiente:

“El secreto profesional debe ser la regla. No obstante, el médico podrá revelar el secreto

¹¹ “*Derecho Sanitario de Navarra*”, JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, Colección Pro Libertate, Navarra 2005.

¹² Texto obtenido de la página web oficial del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España (<http://www.cgcom.es/deontologia>). En el Preámbulo del mismo se señala que *la Organización Médica Colegial de España promulgó su primer Código de Ética y Deontología Médica en 1978 al amparo de la Constitución de 1978, que establece el reconocimiento y la necesidad de regular los colegios profesionales y el ejercicio de los profesionales titulados. Dicho Código fue actualizado en 1990 y 1999, siendo éste de 2011 el primer código de deontología médica del siglo XXI.*

exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, en los siguientes casos:

a. En las enfermedades de declaración obligatoria.

b. En las certificaciones de nacimiento y defunción.

c. Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo.

d. Cuando se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente y éste permita tal situación.

e. En caso de malos tratos, especialmente a niños, ancianos y discapacitados psíquicos o actos de agresión sexual.

f. Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria.

g. Aunque el paciente lo autorice, el médico procurara siempre mantener el secreto por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencialidad profesional.

h. Por imperativo legal:

1. En el parte de lesiones, que todo médico viene obligado a enviar al juez cuando asiste a un lesionado.

2. Cuando actúe como perito, inspector, médico forense, juez instructor o similar.

3. Ante el requerimiento en un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto profesional y procurará aportar exclusivamente los datos necesarios y ajustados al caso concreto”.

De esta forma, se pueden concentrar o sistematizar las excepciones o límites al deber de guardar secreto en determinados supuestos: el consentimiento del propio enfermo; la revelación determinada por imperativo legal, ya sea en la posición del médico ante los tribunales, o por la declaración obligatoria de enfermedades, o anotaciones registrales; por la

revelación en bien del paciente, de un tercero o del interés común; revelación para evitar que se cause un perjuicio al propio médico; revelación ante el Colegio en procedimientos disciplinarios.

Las garantías y sistemas de protección ante vulneraciones del secreto médico

Como hemos señalado, el secreto médico, como representación del deber médico en la relación con el paciente, y el respeto a su intimidad, hace que la protección del mismo, del derecho a su preservación, se convierta en un medio esencial para la salvaguarda de los derechos fundamentales referenciados.

Por tanto, la responsabilidad del facultativo (que es extensible a todo el personal sanitario) por incumplimiento del secreto profesional puede ser civil, penal, disciplinaria o deontológica.

a) La responsabilidad disciplinaria ha de buscarse en las normas estatutarias o laborales, cuando el médico lleve a cabo su quehacer profesional por cuenta de otro, transfiriendo de antemano los frutos de su trabajo, lo que supone la asunción de derechos y deberes específicos.

b) La responsabilidad deontológica, que es la que corresponde supervisar y aplicar por los Colegios Profesionales, en virtud de lo dispuesto en su propia Ley.

c) La responsabilidad civil derivada de la protección dispensada al secreto médico con anterioridad a la Constitución Española, con un carácter poco efectivo, quedaba reservada a la reparación que se ofrecía al particular que veía lesionado su derecho a la intimidad por daños morales en aplicación del artículo 1902 del Código Civil¹³. Sin embargo, actualmente, con la CE y la posterior entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982 ya citada, se introdujeron los supuestos de intromisiones ilegítimas en el derecho en esta norma protegido, lo que se especifica en su artículo 7, siendo, en su apartado 4 donde se concreta el secreto de los datos de los que se tiene conocimiento por razón de la actividad profesional u oficial.

Pese a ello, en tanto que la protección civil de estos derechos en la regulación contenida en esta norma presenta alguna que otra laguna, para cubrir

¹³ Art. 1902 del CC: “El que por El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

los vacíos que puedan presentarse, debe acudir a la responsabilidad extracontractual ya citada, la prevista en el artículo 1902 del Código Civil.

En función de todo esto, se aprecia que la Ley Orgánica 1/1982 proporciona un régimen más específico que la previsión en abstracto regulada en el artículo 1902 del CC. Así, los artículos 4, 5 y 6 de la LO 1/1982 aportan una amplia legitimidad para el ejercicio de las acciones en el ámbito familiar sobre la discusión que plantearía acudir al artículo 1902 del CC sobre la determinación de si ciertos parientes o herederos están o no legitimados. Además, el plazo para el ejercicio de la acción de la responsabilidad extracontractual es de un año (artículo 1964 del CC), mientras que en la LO 1/1982 es de cuatro años (artículo 9.5). Asimismo, ventaja esencial es la facilitación de la prueba para el actor, al presumir el artículo 9.3 de la LO 1/1982 la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Finalmente, el artículo 9.1 de esta Ley establece la posibilidad de acudir a un procedimiento preferente y sumario para proteger el derecho, o derechos, por ella regulados, mientras que el artículo 1902 del CC ha de ejercitarse de conformidad con los procedimientos ordinarios.

d) La responsabilidad penal, de la que debe resaltar como se ha dicho doctrinalmente, que el vigente Código Penal, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y al margen de los antecedentes históricos, introdujo por primera vez una tutela global de la intimidad y no sólo de una parte de la misma, tal y como había sucedido hasta entonces, pues únicamente se limitaba a proteger el secreto. De este modo, la regulación penal se ha adecuado con el resto de normas y, especialmente, con la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Así, podemos destacar, como antecedente a los siguientes epígrafes de este estudio, que el vigente Código Penal, se dedica en el Título X de su Libro II a los Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 197 a 204), atendiendo en su Capítulo I al *Descubrimiento y revelación de secretos*, viniendo precisamente a crear un sistema de garantías, que en el ámbito sanitario, se circunscriben al derecho a la intimidad de los pacientes que, además de contemplar la figura específica del secreto profesional en su artículo 199¹⁴; sanciona en sus artículos 197 y 198 el acceso indebido a documentos que contengan datos

personales y la divulgación de los mismos, en el primero de ellos; y un agravante por la condición funcional del sujeto activo, en el segundo de ellos.

En este sentido, debemos destacar que, si bien, el artículo 199 del CP sería el precepto o tipo sancionador que se aplicaría para las conductas consistentes en la vulneración del secreto médico profesional, en sentido estricto y específico; tal y como se ha adelantado, las vulneraciones y ataques a la intimidad en términos de acceder y/o divulgar indebidamente datos relativos a la intimidad de las personas, son objeto de tipificación y aplicación de los artículos 197 y 198 del CP, en los términos que desarrollaremos a continuación.

Efectivamente, por lo que interesa en este estudio, y relacionado con las dos Sentencias a analizar, debemos centrarnos y concentrarnos en los tipos delictivos vinculados al ya desarrollado derecho a la intimidad del paciente y la protección de sus datos personales, especialmente los contenidos en su historia clínica; más allá del secreto profesional médico de la relación más directa entre facultativo y paciente (propia del tipo penal del artículo 199 del CP).

A estos efectos, y con carácter previo e ilustrativo, resulta interesante hacer mención de la primera condena penal imputada a un médico por cometer un delito de revelación de secreto profesional, al develar parte del historial clínico, lo que llevó a una condena en aplicación del artículo 199.2 del CP. Efectivamente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sala 2ª, mediante Sentencia nº 574/2001, de 4 de abril, condenó a una profesional médico por un delito de revelación del secreto profesional a un año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de mil pesetas, así como inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante dos años y a pagar una indemnización de dos millones de pesetas.

En este caso, se trataba de una médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación Provincial de Valencia, especialista neuróloga, requerida para prestar sus servicios profesionales a una persona que estaba ingresada en la sección de ginecología a la que reconoció por proceder ambas de una misma pequeña localidad. Al examinar su historial clínico

uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

14 Artículo 199 CP: “1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de

advirtió, «como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales de embarazo, circunstancia ésta que fue manifestada a su madre la que a la primera ocasión en el pueblo lo comunicó a la hermana de la gestante...».

Dados estos hechos, el Tribunal Supremo estima el Recurso de Casación interpuesto y con respecto al tipo del artículo 199.2 del CP señala lo siguiente, en el punto tercero del Fundamento de Derecho Primero:

“3. – El motivo se estima. El hecho probado es subsumible en el art. 199.2 del Código Penal. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas.

Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, cuyo artículo 10.3 establece el derecho de los ciudadanos tienen derecho «a la confidencialidad de toda la información relacionado con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias» y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben «quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica» (art. 6.1). En este sentido, la STC 37/1989 (RTC 1989, 37).

La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad

que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 28-2-1994).

La Sala no comparte el criterio que afirma la sentencia impugnada en el que refiere que la conducta al divulgarse no tiene relevancia penal al no tratarse «más que de simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón». Y no se comparte porque la afirmación frivoliza sobre sentimientos de forma no ajustada a la realidad. La divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto.

Consiguientemente, el motivo se estima”.

En este caso, se condena a la profesional que incumple su deber de secreto médico o sigilo profesional derivado de una actuación médica previa muy concreta, dado que divulgó datos de los que tuvo conocimiento en el ejercicio de su asistencia sanitaria.

Por su parte, en las Sentencias a analizar, como veremos, iremos más allá del mencionado tipo especial propio ahora referenciado, dado que la revelación de datos personales no son realizados en el marco del secreto médico en sentido estricto y directo derivado de la relación particular entre médico y paciente, sino que protegen el ataque por acceder de forma injustificada a las historias clínicas y difundir o no determinados datos de los pacientes. Eso sí, habrá que ver en ambas Resoluciones por qué en un supuesto se condena con la pena prevista en el artículo 197 del CP; y en el otro, por el tipo del artículo 198 del CP.

3. DEL DESCUBRIMIENTO Y LA REVELACIÓN DE SECRETOS EN EL CÓDIGO PENAL

Como ya se adelantó en un epígrafe anterior, el CP de 1995 encuadró correctamente y por primera vez en un solo Título diversas figuras delictivas que se encontraban diseminadas en el anterior Código Penal, bien en el título genérico contra la libertad y seguridad de las personas, bien en otros ámbitos. Con esta decisión del legislador, se logró dotar al tratamiento penal de la tutela de la intimidad de

una unidad y coherencia sistemáticas de las que carecía el anterior Código Penal, entre otras razones, porque era ajeno a un planteamiento en la tutela de la intimidad acorde a las necesidades de las nuevas tecnologías y de lo previsto en la CE, lo que evolucionó en una doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, tendente a la protección de la intimidad en toda su extensión, incluyendo especialmente la libertad informática y la protección de los datos de carácter personal.

En este sentido, por lo que aquí interesa, debemos pasar al análisis de los artículos 197 y 198 del CP, lo que se hará en su redacción vigente en el momento de los hechos analizados (la cual, por su parte, no difiere en lo sustancial de la actualmente en vigor), y acorde al contenido, fundamentos de derecho y fallo de las Sentencias a comentar¹⁵.

3.1. Del artículo 197 del CP

Desde el punto de vista sistemático, el artículo 197 del CP¹⁶ contiene múltiples tipos básicos y

15 Recuérdese que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo), entró en vigor el 1 de julio de 2015. De dicha redacción y por lo que interesa en el presente estudio, se ha introducido un nuevo apartado 7 al artículo 197 y eliminado alguno de los otros apartados; creando nuevos tipos al introducir los artículos 197 bis, 197 ter, 197 quater y 197 quinquies; pero que en ningún caso afectan al contenido de las Sentencias. Asimismo, el artículo 198, ha mantenido su redacción sin ningún cambio.

16 Artículo 197 del CP, en su redacción vigente hasta el 30/06/2015, y cuyo contenido es conforme a la normativa aplicable al momento de los hechos de las Sentencias que se analizarán con posterioridad:

“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión

agravados, expresados a través de sus diferentes apartados:

a) El apartado 1 del artículo 197 del CP contiene el tipo básico de apoderamiento de documentos y de efectos personales; así como el control auditivo y/o visual clandestino, por medio de la interceptación de telecomunicaciones o de la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen.

b) El apartado 2 del artículo 197 del CP tipifica los abusos informáticos sobre datos personales automatizados. Aunque también se extiende a otras conductas ilícitas sobre datos personales obrantes en otro tipo de archivos manuales no automatizados.

c) El apartado 3 del artículo 197 del CP contiene otro tipo básico introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, relativo a los ataques contra los sistemas de información; lo que se viene denominando como intrusismo informático o *hacking*.

de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

d) El apartado 4 del artículo 197 del CP contiene un tipo agravado de los anteriores tipos básicos, de difusión, revelación o cesión a terceros de los datos, hechos o imágenes.

e) El apartado 5 del artículo 197 del CP regula un tipo agravado en atención a la condición profesional del sujeto activo del delito (encargados o responsables de ficheros o bancos de datos automatizados, archivos o registros), igualmente agravado de los tipos previstos en los apartados 1 y 2.

f) El apartado 6 del artículo 197 del CP contiene otro tipo agravado, que se fundamenta en la afeción a la mayor protección que requieren determinados datos personales o, por otro lado, afecte a menores o incapaces.

g) El apartado 7 del artículo 197 del CP regula otro tipo agravado que castiga con mayor reproche todas las conductas anteriores si se realizan con fines lucrativos.

h) Por último, el apartado 8 del artículo 197 del CP regula el tipo agravado por la comisión del delito en el seno de una organización o grupo criminal.

Pues bien, por lo que aquí interesa, en relación con los hechos contenidos en las Sentencias, básicamente habrá que centrarse en los apartados 1, 2 y 6 de este precepto.

No obstante, con carácter previo, se debe destacar que el precepto tutela conjuntamente las dos vertientes de la intimidad asentadas tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Por una parte, se protege su dimensión más clásica, articulada como garantía de un ámbito reservado en el que prevalece el derecho a la exclusión de intromisiones ajenas (apartado primero). Y, por otro lado, en el apartado segundo se incorpora la tutela de una segunda dimensión de la intimidad, que, como hemos dicho con anterioridad, incluso podría constituir la dimensión de la tutela de un derecho fundamental diferente, como derecho del ciudadano a controlar y proteger sus datos personales frente a los múltiples riesgos de conocimiento y utilización no consentidos generados en las sociedades modernas, especialmente a partir de su tratamiento informatizado.

Las conductas tipificadas en el apartado 1º del artículo 197 consisten de forma muy resumida en el

apoderamiento de cualquier soporte susceptible de reflejar aspectos íntimos de la vida de una persona; así como la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, grabación o reproducción del sonido, o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación. Acciones que, desde el punto de vista del elemento subjetivo del injusto requieren la intención del sujeto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro; a lo que se debe unir, que se haya actuado sin el consentimiento del sujeto pasivo.

No obstante lo anterior, como veremos, el tratamiento de datos en el marco de una historia clínica en el ámbito sanitario, dado que se trata de archivos o ficheros ya informatizados, hace que debamos fijarnos más en el apartado 2 del artículo 197 del CP (y dejar el apartado 1º única y exclusivamente para la aplicación de las penas).

En este sentido, la eclosión de los sistemas informáticos y de las redes telemáticas son las que obligaron a redefinir los bienes jurídicos de la intimidad y de la personalidad. Así, el artículo 197.2 del CP contempla la tutela penal de la privacidad o libertad informática o “*habeas data*”, lo que fue introducido con la aprobación del Código Penal del año 1995 por primera vez en el ordenamiento jurídico español. De esta forma, el ordenamiento penal realiza una tutela accesoria de la ofrecida por el ordenamiento administrativo a través de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales, sucesora de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, que nace primero del Convenio del Consejo de Europa de protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales de 28 de enero de 1981 (ratificado por España en 1984) y, posteriormente, de la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos.

Con respecto a los elementos de este tipo, en primer lugar, la precisión del objeto material del mismo, datos de carácter personal¹⁷, se fija en que deben ser reservados. Ahora bien, entiende la totalidad de la doctrina que este adjetivo carece en absoluto de sentido, dado que todos los datos personales una vez introducidos en los ficheros automatizados son

17 Según el artículo 3 a) de la LOPD son datos de carácter personal “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”.

sensibles, sin que la LOPD distinga entre ellos. En su consecuencia, todos los datos personales automatizados quedan protegidos por este precepto. Y más, teniendo en cuenta el tipo agravado previsto en el apartado 6 del mismo artículo 197, que prevé la especial protección del núcleo duro de los datos personales, entre los que se incluyen los datos personales relativos a la salud.

En segundo lugar, y como ya se ha dicho, esos datos deben encontrarse necesariamente consignados en ficheros, archivos o registros, conceptos que presentan la nota común de tratarse de conjuntos organizados de información.

En cuanto a la delimitación de la conducta típica, la acción, el tipo se conforma de dos incisos que se superponen entre sí: apoderar, utilizar o modificar, por un lado; y acceder, alterar o utilizar, por otro; en ambos casos, sin estar autorizado y en perjuicio ajeno.

Por otro lado, entre los tipos agravados del artículo 197 del CP, su apartado 5º (y dejando al margen lo previsto en el artículo 198 del CP) contempla la gravedad en razón de la esfera de dominio profesional del sujeto activo. Esto es, el delito se proyecta sobre las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos y registros (delito especial). Este tipo agravado, teniendo en cuenta las definiciones del encargado o responsable de los ficheros, previstas en la LOPD¹⁸, se trataría de la persona que ostenta las facultades de decisión sobre la finalidad del archivo o fichero, sobre su contenido y sobre los usos del tratamiento de datos personales. Su fundamento se encuentra en el incremento del injusto, tanto con respecto al incremento del desvalor de la acción, por cuanto que existe una mayor vulnerabilidad de la intimidad, quebrando, además, los deberes de rectitud y sigilo profesionales contemplados en la LOPD; pero también existe un incremento del desvalor del resultado, ya que la verificación del acceso ilícito a la intimidad por parte de los sujetos, puede ser más intenso y certero, pudiendo incrementar el ataque al bien jurídico intimidad.

18 Según el artículo 3 d) de la LOPD es Responsable del fichero o tratamiento la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". Y, de conformidad con el apartado g) del artículo 3 de la LOPD, es encargado del tratamiento "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".

En cuarto lugar, tenemos que el apartado 6 del artículo 197 del CP prevé la imposición de las penas correspondientes a los apartados anteriores en su mitad superior si las conductas de que se trate afectaran, por un lado, a lo que se viene denominando como el "núcleo duro" de la privacidad o la intimidad; esto es, aspectos especialmente sensibles que el legislador cifra en datos relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual. Y, en segundo lugar, en función del sujeto pasivo, si la víctima fuere un menor de edad o un incapaz.

Por último, el apartado 7 del artículo 197 del CP prevé de nuevo un tipo agravado, en este caso, si los hechos realizados por el sujeto activo se realizaron con fines lucrativos.

Dicho lo anterior, se reitera, y si bien varios de los apartados del artículo 197 del CP analizados podrían ser susceptibles de aplicación, en las Sentencias a examinar, y por lo que respecta a este precepto, el objeto de debate se fija en los apartados 1, 2 y 6 del mismo.

3.2. Del artículo 198 del CP

En este caso, el artículo 198 del CP¹⁹, regula y tipifica un subtipo agravado sobre las conductas descritas en el anterior artículo 197 del CP. De este modo, la autoridad o funcionario público (según el concepto regulado en el mismo CP²⁰) que realice cualesquiera de las conductas previstas en el precepto anterior (ya sea uno de los tipos básicos de los apartados primero a cuarto, ya sea alguno de los tipos agravados de los apartados siguientes), verá agravada su responsabilidad con la aplicación de las penas respectivamente previstas en su mitad superior, más una

19 Artículo 198 del CP: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleciendo de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años".

20 Artículo 24 del CP:

"1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, si en su comisión hubiese actuado fuera de los casos previstos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo.

Efectivamente, el tipo exige que el sujeto activo actúe en una situación en la que no medie causa o investigación por delito y actúe prevaliéndose de su cargo en el acceso ilícito a la intimidad; lo que repercute directamente en el reproche penal y mayor desvalor del injusto de quien realiza determinada conducta por su condición de autoridad o funcionario público, al imponerse como pena principal la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

En los últimos años, como ocurre en las Sentencias objeto de comentario en el siguiente epígrafe, este precepto ha sido aplicado en varias ocasiones a conductas consistentes en acceso a base de datos personales (artículo 197.2 del CP) por parte de funcionarios no directamente competentes para ello, que los ceden a terceros (normalmente interesados por razones empresariales) a cambio de una contraprestación económica (tipo agravado del artículo 197.7 del CP). Así, se pueden citar la STS 725/2014, de 11 de junio, en relación con funcionarios del INEM; la STS 1571/2005, de 19 de diciembre, funcionario de Hacienda; o la STS 587/2007, de 28 de junio, relativa a una funcionaria de la Seguridad Social.

Por otro lado, este precepto, al margen de otras consideraciones, debe diferenciarse de otros preceptos del Código Penal que, por sus elementos, guardan una estrecha relación:

a) En primer lugar, con respecto al artículo 417 del CP²¹, incluido en el capítulo relativo a la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos, que se trata de un tipo delictivo por el que la autoridad o funcionario público revela secretos o informaciones de los que tiene conocimiento por razón de su cargo y por una necesidad del procedimiento administrativo;

21 Artículo 417 del CP: “1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

mientras que en el artículo 198 del CP, en relación con el apartado que corresponda del artículo 197 del CP, accede, -pero abusando de su posición funcional- a datos que no tenía por qué conocer, de tal modo que se produce una doble infracción de deberes; lo que explica la diferente graduación de penas.

b) En segundo lugar, el artículo 198 del CP también guarda relación con los artículos 534.2, 535 y 536 del CP²². Ahora bien, en estos casos la diferencia todavía es más clara, ya que en los artículos referenciados se actúa mediando causa por delito, aunque sin respetar las garantías constitucionales o legales; mientras que, por su parte, en la conducta prevista en el artículo 198 del CP, el funcionario actúa completamente al margen de la legalidad, sin mediar ni tan siquiera una causa por delito.

No obstante, y en todo caso, tanto la relación existente entre el artículo 198 del CP con estos últimos preceptos, como con el artículo 197 del CP es tan grande, y, por otro lado tan pequeños los matices, que hace que la interpretación y la aplicación de estas normas pueda llegar a confundirse o alternarse en función de factores, elementos o circunstancias concurrentes mínimas en los hechos; tal y como veremos con el análisis de las Sentencias objeto de este estudio.

De hecho, como ya dijimos más arriba, y atendiendo a los precedentes judiciales en la materia, resulta interesante la primera condena penal imputada

22 Artículo 534.2 del CP: “2. La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior; y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Artículo 535 del CP: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior; y, además, la de multa de seis a dieciocho meses”.

Artículo 536 del CP: “La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior; y, además, la de multa de seis a dieciocho meses”.

a una médico por cometer un delito de revelación de secreto profesional, al desvelar parte del historial clínico de una paciente, lo que llevó, en aquél caso, a una condena en aplicación del artículo 199.2 del CP por vulneración del sigilo profesional y el secreto médico²³ (que, como veremos, es distinto al tipo aplicado en las Sentencias a analizar).

4. ANÁLISIS DE DOS SENTENCIAS COE-TÁNEAS EN EL TIEMPO DE LA SECCIÓN 2ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA: SENTENCIA N° 5/2015, DE 28 DE ENERO Y SENTENCIA N° 20/2015, DE 16 DE FEBRERO

Como se adelantó en la introducción y se ha desarrollado en los distintos epígrafes de este estudio, el mismo tiene su origen en la distinta aplicación de dos tipos penales en dos casos muy similares por no decir idénticos.

En sendos supuestos, se trata de hechos probados iguales consistentes en el acceso por funcionarios públicos (personal médico facultativo) a las historias clínicas de terceras personas (en ambos casos compañeros de trabajo); historias a las que tienen acceso por su condición de tal y sin mediar causa por delito. Por el contrario, en uno de los casos se aplica el agravante del artículo 198 del CP, y en el otro no. Que, además, en ambos asuntos, aunque por su profesión tienen el deber del secreto médico al que hemos aludido en puntos anteriores, no se les aplica el artículo 199 del CP en tanto que no han accedido a datos personales derivados de su relación personal de médico a paciente, sino que en su condición de personal funcionario han accedido a datos de pacientes (el hecho de que sean compañeros de trabajo no tiene mayor relevancia jurídica), incurriendo en la violación de su intimidad.

En su consecuencia, siendo esto así, y habiendo reconocido en los anteriores epígrafes con carácter previo los elementos normativos concurrentes en los tipos penales aplicados en sendas Sentencias, llegados a este punto, debemos analizar cada una de las Sentencias, poniéndolas en algunos aspectos en necesaria comparación, lo que se hará a continuación.

²³ Recuérdese, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sala 2ª, mediante Sentencia n° 574/2001, de 4 de abril, condenó a una profesional médico por un delito de revelación del secreto profesional a un año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de mil pesetas, así como inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante dos años y a pagar una indemnización de dos millones de pesetas.

4.1. Sentencia n° 5/2015, de 28 de enero

4.1.1. De los antecedentes y hechos probados

En este primer caso, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, condenó a un médico del Servicio Balear de la Salud (IB-Salut), además de por una falta de injurias leves, por lo que aquí interesa, por el delito continuado de descubrimiento de secretos, imponiéndole una pena de tres años y tres meses de prisión y a una multa de veinte meses con cuota diaria de diez euros, así como la suspensión de empleo público durante dos años. Todo ello, en atención al artículo 197.2 del CP como conducta objeto de los hechos, con la penalidad correspondiente en virtud de las reglas generales y especiales (delito continuado) de la aplicación de las penas. Por tanto, como es de ver, el órgano jurisdiccional consideró que las conductas del médico se circunscribían en el tipo del artículo 197.2 del CP, que, como hemos analizado, se refiere a la vulneración de la intimidad en relación con los datos personales y la regulación prevista en la LOPD.

En este supuesto, las actuaciones fueron iniciadas mediante denuncia de 19/07/2011 interpuesta por el Ministerio Fiscal, tras la recepción por éste de escrito remitido por la Consejería de Salud y Consumo de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Tramitado el procedimiento en diligencias previas, el Ministerio Fiscal, formuló escrito de absolución respecto al médico. Por su parte, la Abogacía de la Comunidad Autónoma formuló escrito de acusación contra el imputado como presunto autor de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado en el artículo 197.2 y 5 del CP, en relación con el 197.1 del mismo Código; así como el artículo 198 del CP, solicitando para el mismo la pena de tres años y seis meses de prisión y multa de veintidós meses a razón de una cuota diaria de treinta euros; así como inhabilitación para el ejercicio de la medicina por tiempo de ocho años; y, por último, que se condenara al acusado a indemnizar a la Comunidad Autónoma por los costes laborales que le supuso la baja laboral de su trabajadora (enfermera del mismo IB-Salut), en la cantidad de 2.358,17 euros. Por otro lado, la acusación particular de la trabajadora perjudicada en su derecho a la intimidad, formuló escrito de acusación contra el imputado como presunto autor de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado

el art. 197.2 y 5 en relación con el 197.1 del citado Código, así como el previsto en el artículo 198; el de coacciones previsto en el artículo 172 del mismo texto, también en la modalidad de continuidad delictiva; y de amenazas, previsto en el artículo 169.1, solicitando para el mismo las respectivas penas de prisión de cuatro años, multa de veinticuatro meses e inhabilitación absoluta de doce años; prisión de dos años y multa de veinticuatro meses; y prisión de un año. Asimismo, también solicitó que se condenara al acusado, y de forma subsidiaria a la Consejería de Salud y Consumo dependiente del Gobierno de les Illes Balears, a indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 70.000 euros en concepto de daños morales (cuantía que, tras la práctica de la prueba, se redujo a la cantidad de 10.000 euros).

En este caso, como **Hechos Probados**, se destacan en la Sentencia los siguientes:

“Romualdo, funcionario de la Comunidad Autónoma de Illes Balears (CAIB) en cuanto médico de Salud Pública del Centro Insular de Sanidad de Menorca, sin antecedentes penales, y Begoña, también funcionaria de la CAIB en cuanto enfermera del mismo Centro, mantuvieron una relación sentimental de duración indeterminada, la cual a finales del año dos mil nueve había ya finalizado.

Desde ese momento, la relación entre ambos quedó muy deteriorada, hasta el punto en que, pasado el tiempo, y tras varios episodios de desencuentros laborales y personales, el día veintiocho de Septiembre de dos mil diez, el Sr. Romualdo, tras haber cruzado varios mensajes de texto a través de teléfono móvil con la Sra. Begoña, remitió a ésta uno en el que, al hilo de su discurso, le llamaba “PUTA amb mayuscules” y “merda pura”.

Una vez conocida esta tensa situación por la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, año dos mil once, se incoó Expediente Disciplinario, referenciado con el N° 1/11, frente al Sr. Romualdo, consecuencia del cual la Sra. Begoña tuvo conocimiento de los accesos informáticos no consentidos que a su historial clínico y al de sus familiares habían tenido lugar por parte del Sr. Romualdo, sufriendo una crisis de ansiedad y causando por tal motivo baja laboral el día veintisiete de Abril de dos mil once, prolongándose la misma hasta el día treinta y uno de Octubre siguiente, comportando a la CAIB un

total de 2.358,17 euros en concepto de prestaciones laborales.

En efecto, desde el día uno de Diciembre de dos mil nueve hasta el día nueve de Febrero de dos mil once, Romualdo, sin consentimiento ni conocimiento de Begoña, ni de ningún familiar de ésta, amparado en su condición de funcionario médico de la CAIB, lo cual le permitía acceder a los sistemas de información del IB-Salut, y siendo consciente del compromiso de confidencialidad que había contraído en fecha dieciocho de Noviembre de dos mil nueve, efectuó un total de ciento setenta y un accesos a las historias clínicas (ESIAP, o Sistema de Información de Atención Primaria) de aquella y su familia; en concreto, setenta y seis a la de Begoña; cincuenta y un accesos a la de quien era su esposo, Bienvenido; treinta y seis a la de la hija de ambos, María Consuelo; y ocho a la de la hermana del Sr. Bienvenido.

Igualmente, durante el mismo período de tiempo y en iguales circunstancias a las anteriormente citadas, el Sr. Romualdo accedió veinte veces a la Historias de Salud (HSAL) de Begoña, veintinueve veces a la de Bienvenido, doce a la de María Consuelo y una a la de Milagrosa”.

Por tanto, como se observa, el médico condenado, sin perjuicio de que previamente hubiese mantenido una relación sentimental con una compañera de trabajo y que ésta ya hubiese terminado a finales del año 2009 (lo que no le daba autorización alguna), lo que es cierto es que entre los días 01/12/2009 y el 9/02/2011, el acusado, como funcionario del IB-Salut, sin consentimiento ni conocimiento de la compañera de trabajo, amparado en su condición de funcionario médico público, accedió a los sistemas de información que contenían las historias clínicas de aquélla y su familia. Y sin que fuera en el ámbito de sus funciones, realizó los ciento setenta y un accesos referenciados en los hechos probados, tanto a su compañera de trabajo, como al que fue su marido, hija y cuñada (accesos fuera de los casos permitidos por la Ley). Accediendo igualmente en sucesivas y repetidas veces en la Historia de Salud de aquélla y de miembros de su familia.

Todo lo cual, como se constata en la misma Sentencia, es conocido por la funcionaria del IB-Salut como consecuencia del Expediente Disciplinario n° 1/11 que los servicios del IB-Salut incoaron contra el médico a raíz de los insultos vertidos a través de

teléfono móvil el día 28/09/2010 a su compañera de trabajo, tras previos desencuentros laborales y personales. Circunstancia que, por otro lado, le ocasionó una crisis de ansiedad y varios meses de baja laboral.

De este modo, probados estos hechos, por cuanto que fueron reconocidos por el propio acusado, constituyendo prueba de cargo más que suficiente, en lo que profundizó el Tribunal fue en si hubo o no falta de consentimiento de la compañera de trabajo en el acceso a las historias clínicas de su persona y de sus familiares, así como el anudado interés del médico por descubrir los secretos ajenos e íntimos que debían guiar su proceder, pues estos extremos fueron negados a ultranza por aquél.

Efectivamente, en este sentido, del conjunto de la prueba practicada, con el testimonio de varias personas, lo que defendió el acusado en el acto del juicio fue que: *“la relación que le unió con la acusadora -”íntima, incluso física”- perduró hasta el año dos mil once; y si accedió tan innumerables veces a los historiales clínicos referidos, fue porque “así se lo pedía ella”. Y se lo pedía para que, como médico que es, le ayudara con diversos diagnósticos relativos a la salud de los supuestos interesados”*. Pues bien, al margen de lo paradójico que resulta el hecho de acceder en tantísimas ocasiones a los mismos historiales clínicos cuando tras varios visionados ya podían ser suficientemente conocidos, se concluye en la Sentencia que: *“nos encontramos ante una relación sentimental que, como indica la Sra. Begoña y corroboran los testimonios referidos, a finales del año dos mil nueve era ya inexistente, incluso tormentosa. De esta forma, decae la causa alegada por el acusado como excusa por la que habría llevado a cabo los más de doscientos accesos informáticos denunciados, esto es, se esfuma la posibilidad de que la relación que unía a ambos fuera de idas y venidas, de claros y oscuros continuos, y que dentro de esos escenarios de claridad, salpicados en el tiempo, recibiera las peticiones de ayuda clínica por parte de la Sra. Begoña”*.

Por otro lado, constatada la comisión del delito previsto en el artículo 197, apartados 2 y 6 del CP, con respecto al resto de delitos solicitados por la acusación particular, resultado de la valoración probatoria, éstos no son considerados por el Tribunal, quedando absuelto de los mismos; y condenado, por último, como autor de una falta de injurias leves.

Por tanto, con todo esto, de los hechos declarados probados, estima el Tribunal que el médico incurrió en un delito continuado de descubrimiento de

secretos, en este caso, sobre los datos informáticos contenidos en las historias clínicas; así como de una falta de injurias leves.

4.1.2. Del delito de descubrimiento de secretos

Fijados en el anterior apartado los hechos constatados, por lo que aquí interesa, y centrándonos en el delito de descubrimiento de secretos, procede transcribir y analizar el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia, por su aproximación e importancia doctrinal con respecto a los elementos del tipo.

De este modo, el Tribunal, en primer lugar, tras reproducir el apartado segundo del artículo 197 del CP, nos recuerda su íntima conexión con el derecho reconocido en el artículo 18 de la CE, y que del mismo derivan los apartados primero y segundo de dicho artículo 197 del CP, lo que se realiza en los siguientes términos:

“SEGUNDO (...)

I.-/ Así, el artículo 197 del Código Penal castiga en su segundo apartado al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado y a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Por su parte, en el apartado sexto²⁴ se consigna una agravación cuando las conductas afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz.

El delito de descubrimiento y revelación de secretos está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, artículo 18.1º de la Constitución española y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de treinta de Abril de dos mil siete, el citado precepto constitucional garantiza el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos,

²⁴ Actual apartado 5º del artículo 197 del CP, dada la redacción vigente a partir del 01/07/2015.

decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida.

El párrafo primero del artículo 197 del texto citado contempla el tipo delictual básico, que a su vez se bifurca en dos conductas distintas: una, apoderamiento de papeles, cartas, mensajes...o cualquier otro documento o efecto personal; y dos, la interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos.

El párrafo segundo, ya transcrito, trata de proteger la libertad informática como derecho de todo ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos. Tipifica el apoderamiento, acceso y utilización de datos informáticos y la modificación o alteración de los mismos.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, con ocasión de analizar los referidos tipos, debiendo destacarse en este punto sus sentencias de fecha dieciocho de Octubre del año dos mil doce y treinta de Diciembre de dos mil nueve, asentó que nada puede justificar la agresión a la intimidad de los pacientes, documentada en unos historiales clínicos que gozan de especial protección jurídica (Ley General de Sanidad, ley 14/1986; Real Decreto 63/1995 -derecho a la confidencialidad-; Ley Orgánica de Protección de Datos LO 15/1999; y Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre) (...)

A continuación, el Tribunal, recuerda los bienes jurídicos objeto de protección en el apartado segundo del artículo 197 del CP, señalando:

“Las conductas que nos ocupan afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida. Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de

modificar o alterar. Distinción relativa, no obstante, por el hecho de que quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya ha sido asentado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido. Según el art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) dato de carácter personal es “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar (...)”.

A renglón seguido, y sin solución de continuidad, prolonga el Tribunal la posición doctrinal en la materia expresando los elementos concretos del tipo, destacando los siguientes aspectos:

“Advierte la doctrina, continúa refiriendo el Tribunal Supremo en la referida sentencia del año dos mil nueve, que el calificativo de reservado carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo. Prueba de que ello no es así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza “sin estar autorizado”, evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

Para la comisión delictual, los datos, además, han de estar “recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o

registro público o privado. *Fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Las conductas van dirigidas a datos que se hallen registrados, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador.*

Sólo con relación a la primera y a la tercera de las conductas menciona expresamente el legislador que la misma se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso. Pero como se decía en la resolución ya mencionada, es necesario realizar una interpretación integradora del precepto, en el sentido de que como en el inciso primero se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo (...)”.

Por último, el Tribunal concluye en este mismo Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia que, dada la concurrencia de los elementos del tipo y la valoración de la prueba, procedía imputar la conducta del acusado en lo previsto en el artículo 197.2 del CP, lo que se expresó en los siguientes términos:

“En atención a lo expuesto, en el presente caso, el acceso a los sensibles datos analizados, relativos a la salud de la Sra. Begoña y familia, se produjo, en concordancia con el tipo delictivo, careciendo el acusado de consentimiento alguno de aquella o de cualquier otro titular indagado,

según ha tenido ocasión de valorarse en el Fundamento anterior; por su parte, el perjuicio a la titular de los referidos datos ha quedado acreditado en forma de trastorno ansioso diagnosticado y tratado, generador incluso de su baja laboral durante un lapso temporal de seis meses (Mayo a Octubre de dos mil once, ambos incluidos), como igualmente ha sido valorado; por su parte, ha de tenerse presente que los accesos no autorizados lo fueron a la Historia Clínica (eSIAP, o Sistema de Información de Atención Primaria) y a la Historia de Salud (HSAL) de la Sra. Begoña y familiares. El primero de ellos (ex folio 51) recoge la información clínica de todos los pacientes de Les Illes Balears que han recibido o reciben algún tipo de asistencia a través de los servicios asistenciales de Atención Primaria, recogiendo datos administrativos y relacionados con la salud de los pacientes (v.gr: antecedentes personales y familiares, datos de anamnesis o exploraciones físicas); el segundo historial, centraliza la información clínica de todos los sistemas de información clínicos existentes tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada, recogiendo datos administrativos y datos relacionados con la salud de los pacientes (v.gr: alergias, diagnósticos e informes de alta). El acusado contaba con acceso a los mismos desde las fechas quince de Diciembre de dos mil ocho y veintisiete de Noviembre de dos mil nueve, respectivamente, por su condición de funcionario médico responsable de la Unidad de Epidemiología del Centro Insular de Menorca (...)”.

Por tanto, es de observar que del análisis exhaustivo realizado por el Tribunal en este Fundamento de Derecho Segundo, se extraen una serie de elementos doctrinales del tipo delictivo regulado en el artículo 197.2 del CP, que no se separan de los ya desarrollados con carácter previo en el presente estudio, y que se sintetizan en los siguientes:

- a) El delito de descubrimiento y revelación de secretos está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18 de la CE, que garantiza, además, el derecho al secreto.
- b) El apartado segundo del artículo 197 del CP trata de proteger la libertad informática como derecho de todo ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra en ficheros de datos; en este caso, en la historia clínica.

c) En el tipo del artículo 197.2 del CP se protegen dos bienes jurídicos: por un lado, la intimidad del sujeto pasivo; y, por otro lado, la integridad de los datos, que incluye su simple acceso.

d) Se advierte que en el precepto objeto de aplicación, el hecho de que se diga que se protegen datos reservados, carece de todo sentido y relevancia; pues todos los datos son relevantes; siendo, además, que en el apartado 6º del mismo precepto, vigente en aquél momento, se protegen con mayor reproche penal determinados tipos de datos como los relativos a la salud de las personas.

e) En la comisión del delito, los datos deben estar en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos.

f) Debe haber un perjuicio a tercero, aunque el precepto con respecto al acceso no lo exija expresamente, pues es un elemento que se requiere de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto, que, por otro lado, en el presente caso, quedó más que acreditado.

En su consideración, dicho todo esto, en este supuesto quedó probado que la conducta del acusado estaba incardinada en el tipo del artículo 197.2, lo que al realizarse de forma tan repetida y durante largo tiempo, se apreció como delito continuado. A lo que se añadió a efectos del cálculo y aplicación de la pena la agravación del tipo prevista en el apartado 6º del artículo 197 del CP vigente al cometerse los hechos, al tratarse de datos de carácter personal reveladores de la salud.

4.1.3. De la inaplicación del artículo 198 del CP

No obstante, si clara resulta para el Tribunal la aplicación del artículo 197.2 del CP, agravado debidamente por tratarse de datos relativos a la salud, especialmente protegidos; por otro lado, el mismo Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia, estima la inaplicación del artículo 198 del CP en los términos siguientes:

“SEGUNDO (...)

Hemos de concluir esta calificación jurídica razonando la inaplicación del precepto 198 del Código Penal al caso de autos, como venían invocando las Acusaciones. Es menester al efecto traer de nuevo aquí la interpretación que la Sala Segunda expresamente hace del tipo cuyo estudio

nos ocupa, esto es, el art. 197.2, cuando, respecto del mismo, indica que dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas. Ello, en virtud de los hechos que han quedado probados, imposibilita la aplicación de un tipo que, suponiendo una agravación penológica significativa, tanto desde el plano cuantitativo como cualitativo, al aparejar pena de inhabilitación absoluta por un mínimo de seis años, no supondría sino penar dos veces la misma conducta, viéndose vulnerado con ello el principio non bis in idem. Y ello es así porque el Sr. Romualdo accedió a los datos objeto de la presente causa, no prevaliéndose de su condición de funcionario médico insular, sino, precisamente, por su condición de tal, pues, de no ser por ello, no habría tenido posibilidad de llevar a cabo la conducta típica. Como antes se advirtió, recordemos, el acusado contaba con acceso a los meritados datos desde las fechas quince de Diciembre de dos mil ocho y veintisiete de Noviembre de dos mil nueve respectivamente, por su condición de funcionario médico responsable de la Unidad de Epidemiología del Centro Insular de Menorca y con unas finalidades concretas, como lo son, entre otras, el ejercicio de las tareas de epidemiología, la revisión de la declaración de enfermedades obligatorias y de los programas de prevención de cáncer de mama (vs folio 51)”.

Con esta fundamentación, el Tribunal considera que no es de aplicación el tipo penal previsto en el artículo 198 del CP, lo que pudiera parecer, tal y como se destaca en el propio Fundamento de Derecho, que se realiza no en un criterio jurídico, sino en la búsqueda de impedir una agravación penológica significativa, tanto desde el plano cuantitativo como el cualitativo, dado que el artículo 198 del CP, además de las penas previstas en el artículo 197 del CP aplicadas en su mitad superior, prevé como pena principal la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años; lo que parece deducirse que a criterio del Tribunal pudiera resultar una pena excesiva.

Para ello, se argumenta con base en la interpretación que del artículo 197.2 del CP realiza la Sala Segunda del Tribunal Supremo, considerando ésta que los datos de los ficheros o registros deben ser de acceso o utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas. En su consideración, dado que el médico, en tanto funcionario de la Administración Sanitaria tenía acceso a los historiales

clínicos de los pacientes, entiende la Audiencia Provincial que accedió a los datos de la compañera y su familia por su condición de funcionario y no “prevaleciéndose” de esa condición. Por ello, concluye que si se impusiera la pena prevista en el artículo 198 del CP, se incurriría en una agravación de la pena que vulneraría el principio non bis in ídem.

Ahora bien, el esfuerzo realizado por el Tribunal para evitar la agravación de la pena del artículo 198 del CP parece que excede del propio contenido de los tipos aplicables al presente supuesto.

Efectivamente, es cierto que, en correlación con la interpretación del Tribunal Supremo, los datos a los que se accede han de ser, precisamente, de acceso a personas concretas y con finalidades específicas; lo que ocurría en el presente supuesto sin ningún género de duda. No obstante, el hecho de que en el presente supuesto se trate de un funcionario público, no impide que se le aplique el artículo 198 del CP, pues no se incurre en vulneración del principio non bis in ídem (el fundamento de ambos preceptos es distinto); sino al contrario, precisamente, debería de aplicarse por contener un mayor reproche de la conducta prevista en el artículo 197.2 CP, cual es la que se cometa por una persona que por su condición de autoridad o funcionario público, se le presumen toda una serie de obligaciones, compromisos y responsabilidades en su puesto de trabajo y con lo público que si se incumplen exigen esa mayor recriminación. Y ello es así, del mismo modo que existen a lo largo de todo el Código Penal delitos básicos que tienen un tipo delictivo agravado única y exclusivamente por el hecho de que el autor tenga la condición de autoridad o funcionario público.

Resulta difícil de casar esta sencilla interpretación literal del tipo con la distinción que realiza el Tribunal al matizar que no es lo mismo *prevalerse de la condición de funcionario para acceder a los datos*, que realizar dicha conducta *en su condición de funcionario*, pues de otra forma, no habría tenido la posibilidad de llevar a cabo la conducta típica. Esta conclusión, no deja de ser una posible interpretación, que además es fundamentada en derecho. Sin embargo, parece con casi toda seguridad que el legislador no llega a este punto de detalle y que lo único que pretende es aplicar un mayor reproche y desvalor a la autoridad o funcionario público que comete las conductas del artículo 197 del CP, ya sea porque estén a su acceso o disposición o porque se prevalega de su

condición, pues prevalerse²⁵ no deja de ser una consecuencia de su condición para cometer el ilícito.

Además, y si lo anterior no fuera ya suficiente, no deben olvidarse, en este último sentido, los antecedentes de este estudio relativos a lo que es la historia clínica, la relación médico paciente, el secreto médico y la confidencialidad, etc. Pues bien, en el presente supuesto, si bien el médico tenía acceso a las historias clínicas por su condición, lo que no es menos cierto es que ni la compañera de trabajo ni su familia no eran pacientes, resultando del todo claro que el acusado accedió a las historias clínicas prevaleciéndose de su condición de funcionario (aunque estuviesen a su disposición por su condición de tal). Y, por tanto, de la literalidad del artículo 198 del CP, éste debiera ser de aplicación sin generar problema alguno la agravación penológica significativa, pues es la que el legislador ha querido.

Recuérdese, por otro lado, que la interpretación del Tribunal Supremo utilizada como fundamento no es incompatible con esta interpretación más acorde con la literalidad de la norma y su finalidad, pues una cosa es que los ficheros estén o deban estar bajo el acceso o utilización del sujeto activo del delito; y otra es que su condición profesional sea la de autoridad o funcionario público; en cuyo caso, merecerá ese mayor reproche. Obsérvese por último que si la interpretación realizada en la presente Sentencia fuera la adecuada, parece que con toda probabilidad resultaría de aplicación el artículo 198 del CP.

En este sentido, y a pesar del esfuerzo del Tribunal por evitar la aplicación del artículo 198 del CP; por otro lado, en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia, cuando establece la pena a imponer, reconoce la viabilidad de esa posible inhabilitación postulada por las acusaciones en los siguientes términos:

“QUINTO (...)

Es notorio que el presente delito ha sido cometido por un funcionario médico de Salud Pública. No resulta excéntrica por consiguiente la inhabilitación que para el ejercicio de la medicina ha sido postulada por una de las Acusaciones en su escrito. Ciertamente es que la conducta se hace merecedora de la retribución de que dispone el Ordenamiento jurídico para prevenir tanto desde

²⁵ Según la RAE -contenido de la 22ª edición, del año 2012, en versión digital- prevalerse es: “Valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio”.

la perspectiva general o ejemplificadora, como desde la especial o disuasoria, conductas semejantes.

Sin embargo, tras un exhaustivo análisis del caso en concreto, no puede concluirse que la más equitativa de las penas a imponer, como accesoria legal, sea la referida inhabilitación profesional. Ha de traerse a este momento el modus delictivo, así como los antecedentes generales del Sr. Romualdo, para concluir que no fue el ejercicio de la medicina strictu sensu el que le llevó a cometer el delito por el que ahora resulta condenado, sino la vulneración de una confidencialidad que le era exigida por su condición de funcionario con acceso a unos datos reservados, máxime siendo éstos referentes a los más privados aspectos de los titulares que en ellos figuran. A ello debe añadirse, pues no puede ser soslayado contra reo, que no consta al mismo antecedente disciplinario previo al que motivó la presente causa, así como que su trayectoria profesional hasta el momento ha sido irreprochable, según apuntó en el plenario su compañera Sra. Guillerma de modo explícito, él mismo ha esgrimido en distintos estadios de la causa y por nadie ha sido cuestionado.

Es por este sumatorio de motivos por el que procede imponer al acusado, como pena accesoria legal, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en virtud del reproche colectivo que el delinquir exige, así como la pena de suspensión de empleo público, en su condición de funcionario de la CAIB, de dos años de duración, fundamentada esta extensión en el elevado número de delictivos accesos informáticos que llevó a cabo, así como en su consideración de pena menos grave, ex art. 33 del Código Penal, en conjunción con la Audiencia Provincial privativa de libertad que le ha sido reglamente impuesta”.

Por tanto, lo que resulta por parte del Tribunal es que parece que la no subsunción del artículo 198 del CP viene a compensarla mediante la aplicación de una pena accesoria de suspensión de empleo público como funcionario de la Administración por un tiempo de dos años (más la de inhabilitación para sufragio pasivo). Todo ello, basado y fundamentado en las circunstancias y elementos concurrentes, evitando la pena principal de inhabilitación absoluta prevista en el artículo 198 del CP, con su no imputación en sus

estrictos términos, que le resulta penológicamente excesiva; y, por el contrario, impone una pena accesoria de suspensión de empleo público.

4.1.4. De la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con la responsabilidad civil

Por último, y desviándonos en parte del objeto central del presente estudio, se hace necesario comentar la posición de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con la responsabilidad civil en el presente supuesto.

Efectivamente, como se ha dicho más arriba, desde este punto de vista, en el escrito de acusación del representante de esta Administración, se solicitaba que se condenara al acusado a indemnizar a ésta por los costes laborales que le supusieron la baja laboral de su trabajadora, derivado de su trastorno ansioso diagnosticado y tratado, cuantificada en el importe de 2.358,17 euros.

Pero, por otro lado, la representación procesal de la perjudicada por el acceso a sus datos personales y violentada en su intimidad, solicitó que se condenara al acusado, y de forma subsidiaria a la Consejería de Salud y Consumo del Gobierno de las Illes Balears a indemnizarle en la cantidad de 70.000 euros (posteriormente a la práctica de la prueba rebajada a la cantidad de 10.000 euros), en concepto de daños morales.

Derivado de ello, en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia, relativo a la responsabilidad civil, al margen de otras consideraciones, y por lo que interesa a la Administración, se fija, por un lado, su condena; y, por otro, su posición de perjudicada, en los términos siguientes:

a) En primer lugar, considera obvio que actos como el enjuiciado producen por su mera existencia un daño moral ínsito en la humillación, desprotección y vulneración de los más íntimos datos personales, por lo que la existencia de aquél queda acreditado como propia consecuencia del delito cometido; razonando proporcionada la cantidad de 6.000 euros –en cómputo de mil euros por mes de baja laboral y tomando como referencia los importes consignados en la Tabla V (días no impositivos) del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Ahora bien, lo destacable y novedoso de dicha condena es que de la misma responderá subsidiariamente la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de conformidad con el artículo 121 del Código Penal²⁶, pues se entiende, visto dicho precepto, que los perjuicios derivados han sido consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos de la misma. Aun teniendo en cuenta que el IB-Salut cumplía con todos los requisitos y medidas de seguridad que exige la LOPD en concordancia con el tipo de datos que contienen las historias clínicas, y que la actuación fraudulenta e irregular fue cometida de forma exclusivamente individual por el acusado, lo que se excede del normal funcionamiento del servicio público y elimina la existencia de relación de causalidad de la Administración entre el hecho y el efecto. Permitiendo entender que el Tribunal, con la aplicación e interpretación extensiva del artículo 121 del CP en su Resolución, lo que pretende es garantizar la efectiva compensación del perjuicio por daños morales ocasionados a la denunciante y perjudicada del delito; convirtiendo de facto esta responsabilidad civil en quasi objetiva, pues existe al margen del buen o mal funcionamiento del servicio público y que haya relación de causalidad o no. Eso sí, en términos de subsidiariedad para con la Administración Pública.

b) Y, por otro lado, en segundo lugar, probada la baja laboral de la perjudicada, y el perjuicio ocasionado en este sentido a la Administración, en virtud del artículo 116.1 del CP²⁷, se impone la condena al médico acusado de que indemnice

a la misma en la cantidad de 2.358,17 euros, en concepto de prestaciones laborales, más los intereses legales calculados conforme a lo previsto en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸.

4.2. Sentencia nº 20/2015, de 16 de febrero

4.2.1. De los antecedentes, hechos probados y cuestiones procesales

Por el contrario, en este otro caso, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, condenó a un médico del Servicio Balear de la Salud (IB-Salut) por el delito de descubrimiento y revelación de secretos, imponiéndole una pena de dos años, seis meses y un día de privación de libertad, multa de diecisiete meses de quince euros diarios, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, además del abono de las costas procesales.

En este supuesto, y a pesar de que la condena de prisión es inferior a la comentada anteriormente, la Sentencia tiene gran trascendencia no sólo por la entidad de la condena de inhabilitación, sino porque resulta ejemplarizante, dado que considera que el médico, en su situación de personal laboral del IB-Salut en el momento en que se producen los hechos, tiene la condición de funcionario a efectos penales, lo que permite aplicar el tipo agravado del artículo 198 del CP, que castiga duramente esa condición con la inhabilitación absoluta como pena principal (lo que le impide ejercer su profesión) por tiempo de seis años (el tipo prevé la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años).

Pues bien, en este pleito, y a diferencia del anterior en el que se pidió la absolución, el Ministerio Fiscal en el acto del plenario calificó los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197.1, 2, 6²⁹ y 198 del Código Penal, del que consideraba responsable en concepto de autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancia modificativa

²⁶ Artículo 121 del CP: “*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.*”

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

²⁷ Artículo 116.1 del CP: “*1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.*”

²⁸ Artículo 576.1 de la LEC: “*1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.*”

²⁹ Actual apartado 5º del artículo 197 del CP, en su redacción vigente desde el 01/07/2015.

de la responsabilidad alguna y para quien interesaba la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 24 meses a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años y costas.

En este caso, como **Hechos Probados**, se destacan en la Sentencia los siguientes:

“En atención a las pruebas practicadas, procede declarar que el acusado Narciso, médico, personal laboral³⁰ del IBSALUT, circunstancia que le equipara a la condición de funcionario, aprovechándose de tal condición y utilizando su número de usuario y contraseña personal entró repetidamente, sin autorización y sin que mediara relación asistencial entre ellos -hasta en un total de veinticinco ocasiones y en el período comprendido entre el 11 de enero de 2010 y 25 de febrero de 2011- en la base de datos del IBSALUT para consultar las historias clínicas de sus compañeros en la Zona Básica de Salud (ZBS) de Playa de Palma, D^a Blanca, D. Torcuato, D^a Diana, D^a Felicísima y D^a Josefina, descubriendo con su proceder datos reservados de estas personas de especial relieve (salud) y por tanto, vulnerado su derecho constitucional a la intimidad personal”.

Para llegar a estas conclusiones, llevada a cabo la prueba en el plenario, prácticamente todas y cada una de las titubeantes, contradictorias e imprecisas manifestaciones del acusado a juicio del Tribunal quedaron desmentidas con el resultado de la documental obrante y las testificales practicadas, pues todos y cada uno de los testigos que depusieron en el acto del juicio respondieron a lo que se les preguntaba de forma tajante, coherente, verosímil y sin indicio alguno de exageración de lo sucedido, manifestaciones que, por otro lado, estaban apoyadas o avaladas por la documental propuesta por la acusación.

30 De la lectura de la totalidad de la Sentencia, se confirma que en el momento en que ocurrieron los hechos, el acusado era personal laboral fijo (párrafo decimoquinto del Fundamento de Derecho Cuarto), si bien, en el momento del plenario ya era funcionario estatutario. Lo que se complementa con el contenido del último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia cuando se afirma que el Ministerio Fiscal aportó la documental justificativa de la cualidad de funcionario del acusado; y en el segundo párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia cuando se dice que el acusado en su declaración manifestó que es médico de profesión y trabaja para el IB-Salut, con la categoría de personal estatutario.

Por tanto, en este caso, sin conocer los motivos que llevaron al médico del IB-Salut a acceder a las historias clínicas de sus compañeros de trabajo y sin que se alegrara por éstos un perjuicio como en el caso de la Sentencia anterior en la que la compañera a la que se accedió a su historia clínica tuvo un trastorno ansioso diagnosticado y estuvo varios meses de baja laboral, se condena al mismo por el delito de descubrimiento y revelación de secretos, calificándose en los tipos previstos en los artículos 197.1, 2 y 6 y 198 del CP; artículos que en su conjunto castigan al funcionario público que sin mediar causa legal y prevaliéndose de su cargo, con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro -sin su consentimiento- accede a datos reservados de éste de carácter personal y de especial relieve (salud) que se hallan registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público.

Pues bien, dicho esto, antes de entrar al análisis de los conceptos jurídicos que interesan, cabe destacar que en esta Sentencia se dilucidaron con carácter previo al fondo del asunto dos presuntas **irregularidades procesales** denunciadas por la defensa en su informe final, que resultan interesantes a los efectos de la naturaleza de los tipos delictivos que se analizan: la primera, basada en que no hubo denuncia de las personas ofendidas, sino que se limitaron a ratificar la interpuesta por otra persona, que finalmente no ejerció la acusación particular; y la segunda, en la denuncia por la defensa de una presunta vulneración del principio acusatorio con motivo de haber modificado el Ministerio Fiscal su primer escrito de calificación introduciendo, en el segundo, el delito previsto en el artículo 198 del CP, lo que considera genera indefensión a su defendido.

En este caso, el Tribunal desestimó ambas cuestiones procesales, lo que se fundamentó en los siguientes términos:

- a) La primera, porque si bien es cierto que el apartado primero del artículo 201 del Código Penal³¹ establece como requisito de persecución

31 Artículo 201 del CP en su redacción anterior al 01/07/2015:

“1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los

para proceder por los delitos previstos en el Capítulo I del Título X la interposición de denuncia por la persona agraviada o por su representante legal, en su apartado segundo dispone que la misma no será necesaria, entre otros supuestos, para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 del Código Penal. Esto es, cuando como es el caso, el delito de descubrimiento o revelación de secretos se haya cometido por funcionario público, sin justificación alguna y prevaliéndose de su cargo. A mayor abundamiento, la denuncia fue interpuesta por la Abogada de los Servicios Jurídicos del Servicio de Salud del Gobierno de les Illes Balears, figura plenamente equiparable a la de ‘representante legal’ de los perjudicados a la que alude el artículo 201 en su primer apartado; siendo además que el delito ha afectado a una pluralidad de personas, circunstancia ésta que también excusa de la interposición de denuncia.

b) La segunda, porque ninguna indefensión se ha generado al acusado con motivo de la modificación realizada en su día por el Ministerio Fiscal en el escrito de acusación. En este sentido conviene precisar que según tiene señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (por todas STS 22/05/2014) los términos jurídicos pueden ser modificados sin que con ello se vulnere el principio acusatorio ni se genere indefensión, si lo que se realiza con ocasión de la misma es una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el tribunal estime realmente acreditado, siempre que verse sobre una infracción homogénea con la que ha sido objeto de acusación y que no se introduzca con ocasión de ella ningún elemento o dato nuevo al que las partes, por su desconocimiento, no hubieran podido referirse para, en su caso, contradecirlo. Por tanto, siendo cierto que en un primer momento el Ministerio Fiscal no hizo referencia al artículo 198 del CP, lo que provocó que en el Auto de apertura del juicio oral el Juzgado de Instrucción declarara como órgano competente al Juzgado de lo Penal, no es menos cierto que llegado el día del juicio oral, presentada la documental que acreditaba la cualidad de funcionario del acusado, el propio Ministerio Fiscal modificó con carácter previo su escrito de acusación, provocando al mismo tiempo la falta de competencia

del Juzgado de lo Penal en favor de la Audiencia Provincial. De este modo, no variando los términos jurídicos del debate, conocido en un momento posterior por el Ministerio Fiscal que el acusado era funcionario a efectos penales, modificó el escrito de acusación con una subsunción técnicamente más correcta, no vulnerándose el principio acusatorio ni generando ningún tipo de indefensión al acusado.

4.2.2. Del delito de descubrimiento de secretos

En este caso, en el Fundamento de Derecho Tercero, y con anterioridad al examen de la prueba practicada, se realiza de nuevo un análisis de los tipos penales que incurren y la doctrina del derecho a la intimidad.

En este sentido cabe destacar los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, se recuerda por el Tribunal que el artículo 18 de la CE garantiza en su apartado primero el derecho a la intimidad personal. Pero que el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ya a partir de la STC 144/1999, se reconoce una segunda dimensión de la intimidad, conocida como la libertad informática o *habeas data*, que encuentra su apoyo en el apartado cuarto del mismo precepto constitucional. Por tanto, siendo que constituye una ilegítima intromisión en la intimidad individual la infracción de las normas sobre acceso a la información relativa a una persona o su familia, lo que realmente está garantizando el artículo 18 de la CE es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena. Y, en su consecuencia, en este sentido, concluye la propia Sentencia que: “*La denominada libertad informática significa pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente, en particular, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención*”.

intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130”.

b) En segundo lugar, desde el punto de vista del derecho penal, los artículos 197 a 201 del Código Penal, ubicados en el Capítulo primero “Del descubrimiento y revelación de secretos”, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, se ocupan de regular la esfera de la intimidad personal frente a terceros proporcionando la regulación penal general sobre la materia.

c) De este modo, en relación con los hechos objeto de esta Sentencia, se aplica el apartado 2º del artículo 197 del CP, dado que es aquél que protege a través de tres modalidades de acción, esa libertad informática de la intimidad.

d) Y con respecto a este artículo, en primer lugar, se reitera lo que ya se dijo para la anterior Sentencia, que si bien en una de las modalidades (la de acceso) no se requiere de su literalidad el perjuicio a tercero, éste ha sido reconocido como necesario por la Jurisprudencia, como interpretación integradora del precepto. Si bien, por otro lado, y aunque en el presente caso no hubo daño como en la anterior Sentencia (cuadro ansioso de la perjudicada), se entiende por la Jurisprudencia que el mero acceso a datos sanitarios sensibles sin autorización es delito, constituyendo ya un perjuicio, dado que se está vulnerando el derecho a la intimidad personal y el secreto personal.

e) Y, en segundo lugar, con respecto a que los datos deban tener carácter reservado, el Tribunal Supremo señala que debe descartarse la tesis de que la protección penal haya de limitarse sólo a cierto tipo de datos personales de mayor relevancia con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo, y prueba de ello la proporciona el apartado 6º del artículo 197 que agrava la pena (la prevista en el 197.1 en su mitad superior), que corresponde a las conductas realizadas sobre datos de especial relieve (ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz). Por lo tanto, la conclusión, dado el tipo agravado, es que no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares para que sean susceptibles de protección, sino que basta que sean datos que no sean susceptibles de ser conocidos por cualquiera siempre que pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del titular pero que estén, eso sí, registrados en ficheros, esto es, todo

conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso o soportes informáticos electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Por todo ello, la conducta del acusado, queda circunscrita en los términos del artículo 197.2 (en relación con la acción y los datos de varias historias clínicas) y del 197.6 (en virtud de la especial protección de los datos relativos a la salud de los sujetos).

4.2.3. De la aplicación del artículo 198 del CP

En este caso, y a diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, el Tribunal no tiene ningún género de dudas con respecto a la aplicación de este tipo agravado. Simplemente, de forma muy breve, analiza el concepto de funcionario a efectos penales, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado de una forma más amplia que el propio concepto reconocido en el ámbito del derecho administrativo. En este sentido, no hace falta que quien realice los actos sea un funcionario público de carrera o interino en sentido estricto, sino que basta que haya sido nombrado por autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones o públicas, lo que se refleja en el texto del artículo 24 del CP. Por ello, se considera de aplicación el precepto aunque el sujeto activo de los hechos constitutivos de delito fuera personal laboral del IB-Salut en el momento de la realización de los hechos; lo que se sustenta con jurisprudencia que mantiene dicha interpretación.

Por tanto, en este supuesto, dado que el sujeto activo cometió el delito accediendo a las historias clínicas de compañeros de trabajo, sin consentimiento de éstos, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa por delito y prevaleciéndose de su cargo, se considera por el Tribunal la efectiva aplicación del agravante previsto en el artículo 198 del CP.

Como es de ver, en este caso, idéntico en cuanto a los hechos con respecto al analizado en la anterior Sentencia, el Tribunal no se plantea ni se cuestiona una presunta vulneración del principio *non bis in idem*, ni que en el supuesto concreto deba considerarse que la condición de funcionario (o empleado público) impida la aplicación de la agravante; pues por el contrario de lo que se afirmaba en la anterior Sentencia, la existencia del tipo del artículo 198 del CP está castigando la condición objetiva de autoridad o funcionario público, independientemente de

sus motivaciones para incurrir en el ataque de la intimidad de otro ni si el acceso forma parte de su dominio de actuación o no. Simplemente se exige que se trate de autoridad o funcionario público y cumplan los elementos del tipo: fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, que se prevalega de su cargo.

Y se debe destacar que se trata de un supuesto fuera de los casos permitidos por la Ley porque falta el consentimiento de los compañeros de trabajo para acceder a sus historias clínicas, lo que se une a que no eran pacientes del acusado, cosa que quedó justificada y debidamente probada, derivado de la prueba practicada relativa a las declaraciones del acusado y las testificales (prueba directa), así como de la documental en forma de informes que se aportaron a los autos (prueba objetiva), tal y como se desarrolla ampliamente en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia; todo lo cual, permite imputarle los tipos delictivos referenciados, sin que las manifestaciones exculpatorias del acusado tuvieran ni alcanzaran sustento alguno.

En su consecuencia, en este caso, la Audiencia Provincial estimó que se cumplían todos y cada uno de los requisitos que la Jurisprudencia del TS reseñada en el Fundamento Tercero de la Sentencia, referenciados más arriba, exige para entender que la conducta del acusado era calificable en el tipo previsto en el artículo 197 en sus apartados 1º, 2º (modalidad de acceso) y 6º (un dato de especial relieve como es la salud) porque en esta modalidad de conducta, contrariamente a lo que sostuvo la defensa, no se exige la acreditación de perjuicio alguno, sin perjuicio de que el mero acceso (como se ha señalado) ya constituye un perjuicio para el titular porque se está vulnerando su derecho constitucional a la intimidad. Todo lo cual debe agravarse con el tipo del artículo 198 del CP, por la condición de funcionario a efectos penales del acusado, y el mayor reproche que dicha posición conlleva.

4.2.4. De la individualización de la pena

En el presente supuesto, como se ha dicho anteriormente, resulta que, dadas las circunstancias concurrentes, si bien se aplica la agravante prevista en el artículo 198 del CP, por su parte, la pena de prisión es inferior que en la primera Sentencia analizada. De este modo, en virtud de las circunstancias concurrentes, aunque en esta segunda Sentencia se impuso una pena de prisión inferior; por otro lado, como

hemos dicho al inicio de este epígrafe, tiene especial trascendencia por su carácter ejemplarizante por el mayor reproche que implica la conducta cometida por funcionario público; imponiéndose la dura pena principal de inhabilitación absoluta (lo que implica el cese en el ejercicio de la profesión) durante seis años.

En este sentido, resulta interesante transcribir el Fundamento de Derecho Sexto para visualizar cómo el Tribunal individualiza la pena en el presente caso:

“SEXTO

A la hora de individualizar la pena hay que tener en cuenta que el apartado 6º del artículo 197 establece que si los hechos descritos en sus apartados anteriores afectan a datos de carácter personal de especial relieve como aquí ha sucedido, la pena señalada en el número uno del precepto (de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses) se impondrá en su mitad superior. La misma previsión contiene el artículo 198 que por la condición de funcionario del acusado también se aplica, con el único añadido de que en este caso además debe acordarse la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. La aplicación conjunta de ambos supuestos produciría una doble incriminación que no consideramos ajustada, por lo que en definitiva, a la vista de ello y de la entidad de los hechos consideramos ajustado imponer al acusado la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, multa de 17 meses a razón de quince euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años”.

Como es de ver, la imputación de ambos preceptos hace que haya una doble agravación (apartado 6 del artículo 197 y del artículo 198), lo que para el Tribunal no se considera ajustado, dado que entiende que la aplicación conjunta de ambos supuestos supondría una doble incriminación, que el mismo no considera acertada, lo que se resume en la imposición de una pena de prisión en su mitad superior por sólo un día (lo que puede resultar susceptible de crítica o reproche, dado que las agravantes no son incompatibles entre sí, dado que recriminan cuestiones distintas en correlación con bienes jurídicos distintos dignos de protección); eso sí, por otro lado, impone la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años (en su límite inferior) como prevé el artículo 198 del CP, castigando en este caso, el mayor reproche que concurre por la condición de funcionario del acusado.

4.3. Reflexiones finales

Como hemos podido comprobar, y como es sabido por los operadores del Derecho, las respuestas de los Tribunales ante hechos aparentemente idénticos pueden resultar dispares, pues en ocasiones los matices de la aplicación e interpretación de las normas son muy pequeños. Y más en una materia como la analizada, que no sólo se puede calificar como relativamente reciente en su protección penal (como mínimo de forma sistemática), sino también en el ámbito de la protección administrativa.

Efectivamente, como dijimos al inicio del presente estudio, el derecho a la intimidad personal, como derecho de lo más interno de la personalidad, se conforma o constituye como un complejo definitorio cuyos fundamentos se hallan en campos tan diversos como la etiología, la antropología, la historia, la psicología, la sociología, la política, el derecho, la ética y la filosofía.

Pues bien, desde el punto de vista de la protección penal de este derecho, en correlación a los asuntos analizados, de la especial protección de datos informáticos que se conocen en el ámbito sanitario derivado de la relación médico paciente, se pueden resumir las siguientes conclusiones o reflexiones:

En primer lugar, la protección del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en la CE, si bien tiene su origen en la vertiente de lo íntimo de la persona (artículo 18.1 de la CE), en los últimos tiempos, con el desarrollo de la informática y las nuevas tecnologías, ha derivado en el reconocimiento de un segundo derecho fundamental (artículo 18.4 de la CE), como derecho que forma parte del ámbito de control del individuo de los datos personales que le son propios, a los que tiene derecho de acceso, de rectificación y de cancelación, lo que se ha protegido mediante el desarrollo de normas administrativas. En la actualidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

En segundo lugar, derivado de lo anterior y en el ámbito de lo sanitario, es de importancia fundamental, al margen de antecedentes legales anteriores, 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; que ha introducido una nueva regulación y que, en su momento, cubrió la laguna legislativa existente con relación a lo que constituye la historia clínica. Ésta como nuclear documento en la relación de confidencialidad existente entre el médico y el paciente, se define en la norma 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.

En tercer lugar, como hemos visto, la vulneración del derecho a la intimidad cometido por personal sanitario en el ámbito de la sanidad pública (al margen de otros mecanismos de garantía y protección) es reprochado y protegido por el Derecho Penal, en concreto, en el Código Penal, el cual se dedica en el Título X de su Libro II a los Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 197 a 204), atendiendo en su Capítulo I al Descubrimiento y revelación de secretos, viniendo de este modo a crear un sistema de garantías, que en el ámbito sanitario por lo que aquí interesa, se circunscriben al derecho a la intimidad de los pacientes que, además de contemplar la figura específica del secreto profesional en su artículo 199; sanciona en sus artículos 197 y 198 el acceso indebido a documentos que contengan datos personales y la divulgación de los mismos, en el primero de ellos; y un agravante por la condición funcional del sujeto activo, en el segundo de ellos.

Por otro lado, como hemos analizado, en cuarto lugar, el acceso por parte de un médico a los datos contenidos en las historias clínicas de terceros, en ambos casos ha sido calificado como la comisión del delito previsto en los apartados 2 y 6 del artículo 197 del CP (siendo aplicable igualmente a efectos de individualización de la pena, el apartado 1º del artículo 197 del CP). En especial, del apartado 2º del artículo 197 del CP, encargado de la protección de los datos personales que se encuentran en archivos o ficheros automatizados, la doctrina y jurisprudencia ha recopilado lo que se consideran sus elementos básicos, entre los que debemos recordar y fijar los siguientes:

- a) Este apartado segundo del artículo 197 del CP trata de proteger la libertad informática como derecho de todo ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra en ficheros de datos; en este caso, en la historia clínica.

b) En el tipo del artículo 197.2 del CP se protegen dos bienes jurídicos: por un lado, la intimidad del sujeto pasivo; y, por otro lado, la integridad de los datos, que incluye su simple acceso.

c) En el precepto objeto de aplicación, el hecho de que se diga que se protegen datos reservados, carece de todo sentido y relevancia; pues todos los datos son relevantes; siendo, además, que en el apartado 6º del mismo precepto, vigente en aquél momento, se protegen con mayor reproche penal determinados tipos de datos como los relativos a la salud de las personas.

d) En la comisión del delito, los datos deben estar en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos.

e) Debe haber un perjuicio a tercero; y, aunque el precepto con respecto al acceso como una de las conductas punibles no lo exija expresamente, debe requerirse de la interpretación integradora del precepto. Ahora bien, y para completar el carácter de este menoscabo, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha interpretado que el mero acceso a datos personales ya supone un perjuicio que se refleja en el atentado contra la intimidad del sujeto pasivo.

Con todo esto, y no existiendo dudas de que los hechos probados eran constitutivos del tipo penal referenciado en los casos enjuiciados, por último, como hemos visto, sí ha habido discrepancias entre los aplicadores del derecho en la concurrencia o no de los elementos que constituyen el tipo agravado previsto en el artículo 198 del CP. Lo que en ambas Sentencias se ha desarrollado y fundamentado, especialmente, en el caso de la primera de ellas en que no fue de aplicación.

No obstante, y al margen de la imparcialidad e independencia de los Tribunales a la hora de aplicar el derecho y de los mecanismos que existen en el ordenamiento jurídico para corregir éstas mediante los recursos correspondiente; parece que las reflexiones ya realizadas con el análisis de la primera de las Sentencias, y con riesgo a equivocarnos como no puede ser de otra manera, serían las más cercanas a la voluntad del legislador.

Efectivamente, no debe haber la menor duda de que la condición de autoridad o funcionario prevista en el tipo agravado del artículo 198 del CP supone el mayor reproche que se impone a las personas que

como sujetos activos incurren en la comisión de los tipos previstos en el artículo 197 del CP. Por ello, la interpretación del Tribunal en la primera de las Sentencias analizadas no parece la más adecuada, salvo si se asume la interpretación –quizás un tanto forzada y por eso motivada por el Tribunal– que esconde la verdadera razón que es el hecho de que se considera que tanto cualitativa como cuantitativamente la pena prevista en el artículo 198 del CP (se entiende puesta en relación con los hechos concretos del caso de autos), pudiera ser excesiva. Para ello, se busca por el órgano jurisdiccional su no aplicación, compensada por otro lado, en la imposición de una pena accesoria de suspensión de empleo público por dos años.

Ahora bien, al margen de meras suposiciones, lo que sí parece claro es que la finalidad del artículo 198 del CP es la de contener (como hemos dicho) un mayor reproche de la conducta prevista en el artículo 197.2 CP, cual es la que se cometa por una persona que por su condición de autoridad o funcionario público, al que se le presumen toda una serie de deberes en su puesto de trabajo que si se incumplen exigen ese mayor desvalor del injusto. Y ello es así, del mismo modo que existe a lo largo de todo el Código Penal delitos básicos que tienen un tipo delictivo agravado única y exclusivamente por el hecho de que el autor tenga la condición de autoridad o funcionario público.

Como ya dijimos, resulta difícil casar esta sencilla interpretación literal del tipo con la distinción que realiza el Tribunal al matizar que no es lo mismo prevalerse de la condición de funcionario para acceder a los datos, que realizar dicha conducta en su condición de funcionario, pues de otra forma, no habría tenido la posibilidad de llevar a cabo la conducta típica. Esta conclusión, no deja de ser una posible interpretación, que además es fundamentada en derecho. No obstante, parece que el legislador no llega a esta punto de detalle y que lo único que pretende es aplicar un mayor reproche a la autoridad o funcionario público que comete las conductas del artículo 197 del CP, ya sea porque estén a su acceso o disposición o porque se prevalga de su condición, pues prevalerse no deja de ser una consecuencia de su condición para cometer el ilícito, resultando del todo claro que el acusado accedió a las historias clínicas prevaleciendo de su condición de funcionario (aunque estuviesen a su disposición por su condición de tal). Y, por tanto, de la literalidad del artículo 198 del CP, éste debiera ser de aplicación sin generar problema alguno la agravación significativa en la individualización y aplicación de la pena, pues es la que el legislador ha querido.

Recuérdese, por otro lado, que la interpretación del Tribunal a quo remitiéndose a lo dicho por el Tribunal Supremo no es incompatible con esta interpretación más acorde con la literalidad de la norma y su finalidad, pues una cosa es que los ficheros estén o deban estar bajo el acceso o utilización del sujeto activo del delito; y otra es que su condición profesional sea la de autoridad o funcionario público; en cuyo caso, merecerá ese mayor reproche que la comisión del mismo hecho por un particular. Obsérvese por último que si la interpretación realizada en aquella Sentencia del Supremo fuera la adecuada, parece que difícilmente resultaría de aplicación el artículo 198 del CP en ningún caso.

En definitiva, y al margen de fallos y posiciones diferentes o dispares en sendas Sentencias, lo que sí debe ser objeto de conclusión es que la materia relativa a la protección de la intimidad personal, derivada de los datos personales contenidos en soportes informáticos en el ámbito sanitario, como puede ser la historia clínica, no ha hecho (como quien dice) más que empezar y que, en todo caso, con los límites previstos en las normas de aplicación, tanto administrativas como penales, lo que finalmente interesa es que por uno u otro precepto (dada la multitud de matices tanto en la realidad como en los tipos penales), se aplique una condena proporcional, fundamentada y acorde al reproche merecido ante conductas atentatorias de este derecho fundamental; lo que, en todo caso, permitirá un mejor control de los mecanismos internos de los datos personales de la salud reflejados en las historias clínicas y un mayor respeto de los que tienen acceso a los mismos para con el resto de ciudadanos.

5. SENTENCIA N° 532/2015, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2015, DE LA SECCIÓN 1ª DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En fechas recientes, una vez remitido el presente trabajo a la revista, y, por consiguiente, con posterioridad a que naciera la idea y la posterior elaboración del estudio, la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia n° 532/2015, de 23 de septiembre, resolviendo el Recurso de Casación por Infracción de Ley n° 648/2015, interpuesto por la representación procesal del condenado por la Sentencia n° 20/2015, de 16 de febrero, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida contra el mismo por delito de descubrimiento y revelación de secretos, y que constituye una de las Resoluciones puestas en comparación y objeto del actual análisis.

Por tanto, resulta imprescindible hacer mención de la misma, examinarla y destacar su contenido cuando menos sea brevemente. Esta Sentencia, estimatoria parcialmente, únicamente acepta una de las pretensiones del recurrente, sustituyendo la multa impuesta inicialmente de diecisiete meses a razón de 15 euros diarios por diecisiete meses a razón de 10 euros diarios, dado que la pena pecuniaria había excedido de la que solicitó el Ministerio Fiscal (que fue de multa de 24 meses a razón de 10 euros diarios), vulnerando así el principio acusatorio y el derecho a la tutela judicial efectiva. El resto de pedimentos no son estimados y, por tanto, el Tribunal Supremo confirma la condena de dos años, seis meses y un día de prisión y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años.

El fallo de la Sentencia, lógicamente, es consecuencia y el resultado de los diferentes motivos, hasta seis, por los que se interpone el Recurso de Casación por Infracción de ley, entre los que cabe destacar algunos de los ya alegados ante la Audiencia Provincial y subrayados en el análisis de su Sentencia. Pero por lo que aquí interesa, si era de aplicación o no el artículo 198 del CP (relevante por sus consecuencias punitivas al prever la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años), no se planteó motivo alguno de recurso. Únicamente, como se ha dicho entre otros, se alega como motivo primero del recurso la infracción de la Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por la indebida aplicación del artículo 197.2 del CP, basado en que del relato de los hechos probados no se manifiesta que se haya causado *perjuicio* alguno a los denunciantes, considerado por la representación del recurrente como requisito imprescindible exigido en el tipo.

Este motivo, tras un análisis previo del tipo penal, es desestimado por la Sala del Tribunal Supremo, pues, como ya se desarrolló a lo largo del presente estudio, debe realizarse una interpretación integradora del ilícito previsto en el artículo 197.2 CP, distinguiendo los supuestos en que el perjuicio debe ser acreditado de aquellos otros en que el hecho de acceder a datos especialmente “sensibles” ya supone en sí mismo un efecto asimilable al perjuicio, por afectar a la parte más básica del núcleo de la intimidad: salud, ideología, vida sexual, creencias, etc.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su **Fundamento de Derecho Quinto** confirma este extremo, señalando que:

“(...) toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a

su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 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). La historia clínica definida en el art. 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso, como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero; el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quien no tiene autorizado el acceso a los mismos (...).”

Por tanto, el Tribunal Supremo no estima el motivo alegado por la representación del recurrente, añadiendo finalmente en el mismo Fundamento de Derecho Quinto que:

“(...) Pudiera entenderse que al ponderar ya esta circunstancia para aplicar el tipo básico del artículo 197.2, ya no cabría acudir al 197.6, pues la afectación de la conducta prohibida sobre datos sensible sería objeto de una doble desvaloración, al servir para integrar el tipo básico del 197.2 y a su vez el tipo agravado del 197.6; pero sucede que la Audiencia Provincial, sólo acude a la imposición de la pena de prisión y de multa en su mitad superior, que autorizaría una vez el artículo 197.6 y otra el artículo 198, en una ocasión, precisamente para evitar una doble incriminación. Dicho de otra manera, la pena impuesta en la sentencia recurrida es la correspondiente al artículo 198 en relación con el artículo 197.2, sin tener en consideración la agravación punitiva específica del artículo 197.6 que la Audiencia elude”.

Así, confirma la aplicación correcta del artículo 197.2 en relación con el artículo 197.6 y el artículo 198 del CP. Ahora bien, para evitar una pena superior y una doble aplicación de pena, dada la concurrencia de los elementos del tipo del artículo 198 del CP, se opta por la sanción prevista en este precepto, sin tener en consideración la agravación punitiva del artículo 197.6 CP, lo que no significa que no se den sus elementos y confirmando el criterio de aplicación de las penas así realizado por la Audiencia Provincial.

Pues bien, a pesar de la relevancia y de lo llamativo de la contraposición de pareceres entre las Sentencias dictadas en su día por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el dictado de esta nueva Sentencia del más alto Tribunal -dado que únicamente debe dar respuesta a los motivos objeto del recurso, que por su naturaleza es extraordinario-, da por buena la concurrencia y subsunción de los hechos en el artículo 198 del CP sin necesidad de desarrollar una doctrina específica que diera luz sobre si el mismo es de aplicación o no frente a supuestos como los que fueron objeto de ambos litigios y si existen o no matices diferenciadores.

Sin embargo, siquiera sea a título ilustrativo y a modo de conclusión, y aunque exceda del análisis de las dos Sentencias puestas en comparación, podemos citar otra reciente Sentencia que merece una especial consideración por su contenido y por su fundamento en relación con los tipos objeto de estudio. Se trata de la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 534/2015, del mismo día 23 de septiembre (Recurso de Casación por infracción de Ley nº 462/2015). En este caso, el recurrente fue condenado, entre otros, como autor de un delito contra la intimidad, aplicando los tipos previstos en los artículos 197.2.6 y 198 del CP; alegando como motivo de recurso la infracción de la Ley por aplicación indebida de estos preceptos, pues argumenta que en casos como el de dicho litigio es posible la aplicación del perdón del ofendido. Dicho motivo es desestimado de plano, afirmando en este caso el más Alto Tribunal en su Fundamento de Derecho Primero que:

“(...) 2. En el caso el recurrente ha sido condenado como autor de un delito previsto y penado en los artículos 197.2 y 6 y 198 del Código Penal. Accedió a los datos personales de un tercero prevaleándose de su condición de funcionario, pues fue precisamente ésta la que le permitió realizar tal acceso, y los utilizó en perjuicio de su titular. Como hemos dicho, los bienes jurídicos protegidos por el artículo 198 no se reducen al interés privado en mantener la propia privacidad, sino que se extienden al de la Administración y al de la sociedad en general respecto de la correcta actuación de las autoridades y funcionarios públicos. Bien jurídico que resulta lesionado cuando la autoridad o funcionario utiliza su cargo o posición funcional para atentar contra los derechos individuales, en este caso, relativos a la privacidad (...).”

Por tanto, como decíamos en nuestras reflexiones, la condición de autoridad o funcionario prevista en el tipo agravado del artículo 198 del CP supone el mayor reproche y desvalor que se impone a las personas que como sujetos activos incurren en la comisión de los tipos previstos en el artículo 197 del CP; lo que se traduce en la aplicación de dicho precepto y en una pena de inhabilitación absoluta en concordancia con la posición de vínculo y responsabilidad para con la Administración del sujeto que comete el hecho delictivo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN AGUIRRE, JUAN LUIS: *Derecho Sanitario de Navarra*, Colección Pro Libertate, Navarra 2005
- CRIADO DEL RÍO, V. M^a. TERESA: *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Ed. Collex, Majadahonda, Madrid 1999
- DE MIGUEL SÁNCHEZ, NOELIA: *Secreto Médico, Confidencialidad e Información Sanitaria*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2002.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (Director) y otros: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2010.
- LARIOS RISCO, DAVID (Coordinador) y otros: *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2007.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Directores) y otros: *Tratado de Derecho Sanitario*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona 2013.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director) y VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL (Coordinador) y otros: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.
- ROMÁN VALDÉS, ANTONIO (Director) y otros: *Código Penal Comentado. Especial consideración a las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona) 2015.
- SÁNCHEZ-CARO, JESÚS y JAVIER: *El médico y la intimidad*, Ed. Díaz de Santos, Madrid 2001.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, SEDE VALLADOLID, N° REC 1766/2013. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y TITULARIDAD DE UNA PENSIÓN DE LA S.S. DE SUIZA.

La recurrente se ha visto privada de su derecho a la asistencia sanitaria en el SNS en su condición de beneficiaria de su esposo, debido a que percibe una pensión a cargo de la Seguridad Social de Suiza –el importe de la pensión asciende a 282 €–.

La interesada, pese a disfrutar de la pensión, no está sometida a la legislación de dicho país, y por tanto, al no estar obligada a afiliarse al seguro de enfermedad suizo sí le resulta aplicable el RD 1192/2012, de 3 de agosto, regulador de la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, por lo que resulta procedente reconocer su derecho a la asistencia sanitaria.

2.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, SALA DE LO SOCIAL, DE 10 DE ABRIL DE 2014, N° 228/2014. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE EXTRACOMUNITARIO CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

La reclamante, de nacionalidad colombiana, y que se encuentra a cargo de su hija, de nacionalidad española, solicita que se le haga entrega de tarjeta sanitaria del SNS y se le reconozca su derecho a la asistencia sanitaria. La petición había sido denegada por el INSS en aplicación de lo previsto en el art. 7 del RD240/2007, de 16 de febrero.

Contra la sentencia de instancia se alza en suplicación el INSS que considera que la interesada debería haber acompañado como documentación la acreditación de que era titular de un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España, o en otro país, y que proporcione cobertura sanitaria durante su período de residencia en España.

Resulta clave conocer que la interesada era ya titular de una autorización para residir en territorio nacional, y por tanto, conforme al RD 1192/2012, sí que procede la estimación de la petición realizada por la reclamante. Si el INSS considera que no se debió conceder la autorización de residencia, lo que debería hacer es instar la declaración de lesividad del art. 103 de la Ley 30/1992, pero lo que no puede hacer es inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento del citado derecho de forma unilateral

3.- TSJ DE ARAGÓN SALA DE LO SOCIAL, SEC. 1ª, S 9-4-2014, N° 209/2014, REC. 153/2014. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE EXTRACOMUNITARIO CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

Ciudadana cubana que tiene una hija con nacionalidad española, y con tarjeta de residencia, se le deniega por la SS su derecho a ser beneficiaria del SNS por entender que un requisito para la concesión de la autorización inicial de residencia sin realizar actividades laborales o profesionales consiste en contar con un seguro público o privado de enfermedad en España.

La Sala entiende que no se ha vulnerado el art. 3 de la LCCSNS denunciado por la Administración de la SS, ya que la interesada es titular de una autorización para residir en España y no supera el límite reglamentario de ingresos, por lo que tiene derecho a la asistencia sanitaria.

4.- STSJ DE CLM DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 10290/2013. TERAPIAS ALTERNATIVAS.

Se cuestiona si la apertura de un establecimiento de medicina tradicional china precisa autorización administrativa sanitaria.

La Sala confirma la sentencia apelada con invocación de diversas sentencias del TS, como ya lo hiciera el propio TSJ en sentencia de 3 de mayo de 2007, que este tipo de terapias naturales deben ser consideradas como actividad sanitaria.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- RESOLUCIÓN DEL TARC Nº 535/2013, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013. ERROR EN LA INCLUSIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN EL SOBRE Nº 2

La Resolución se pronuncia sobre los recursos especiales interpuestos por varias empresas licitadoras contra la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, por la que se adjudica el contrato de suministro de un TAC Helicoidal para el Hospital General Nuestra Señora del Prado.

El Tribunal administrativo estima parcialmente los recursos interpuestos, en particular en relación a la inclusión por dos de las empresas licitadoras en el sobre nº 2 –documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor– de datos correspondientes en exclusiva al sobre 3, referido a documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables de forma automática.

¿La inclusión de información en el sobre 2, referida a datos que debían proporcionarse en el sobre 3, puede afectar a la valoración a realizar por los técnicos de la documentación que compone el sobre 2?

La respuesta del Tribunal no admite duda alguna al respecto, ya que *“si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la sujeta a juicio de valor y la evaluable de forma automática, la documentación, en este caso, a incluir en el sobre 3 que se ha incluido en el sobre 2, haría que los técnicos al realizar su valoración dispusieran*

de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP”.

Esta doctrina se aplica con todo rigor por los distintos tribunales administrativos y órganos consultivos, y ello aun en el caso de que el mismo error se de en todos los licitadores (Informe 9/2012 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, publicado en el boletín de derecho sanitario y bioética nº 105 del mes de septiembre de 2013), o que exista un único licitador (Informe 54/10, de 15 de diciembre de 2011), no siendo de aplicación en ambos supuestos el principio de economía procesal.

En definitiva, serán excluidos los licitadores que introduzcan en el sobre correspondiente a información sujeta a un juicio de valor, aquélla que debería formar parte del sobre de información evaluable mediante formulas –incluida oferta económica– No obstante no cabe obviar **la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, nº 5035/2012**, que consideró que:

“Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.”

Lo anterior no empaña la vigencia y aplicación de la consolidada doctrina administrativa que avala la máxima anterior. En este sentido véase a título de ejemplo, entre otras muchas, las Resoluciones:

- 1.- Resolución del TARC nº 137/2012 de 8 de agosto de 2012.
- 2.- Resolución 9/2012, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
- 3.- Resolución 70/2012, de 21 de marzo del TARC.

4.- Más recientemente, cabría significar el Informe 12/2013, de 22 de mayo de la JCCA de Aragón, que a continuación paso a analizar de forma más detallada.

2.- INFORME 12/2013, DE 22 DE MAYO DE LA JCCA DE ARAGÓN, SOBRE EL SECRETO DE LAS PROPOSICIONES Y LA INCLUSIÓN INDEBIDA DE LA DOCUMENTACIÓN EN LOS DIVERSOS SOBRES QUE DEBEN PRESENTAR LOS LICITADORES

El informe analiza las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la Ley.

En síntesis:

- a) Exclusión de los licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicios de valor o evaluables mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de los requisitos previos.
- b) Exclusión para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor. Infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 150.2).
- c) No exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a la información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor. La misma consecuencia para el caso en que el licitador haya presentado documentación que debía constar en el sobre de la oferta técnica no sujeta a valoración, en el sobre de los criterios sujetos a valoración automática.

La Junta insta conforme ya hiciera en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, a que los pliegos contemplen adecuadamente las exigencias relativas al secreto y publicidad de las ofertas. No obstante conviene recordar que aunque los pliegos hayan previsto la exclusión de un licitador que no respete la distribución de documentación tratándose de un caso de irregularidad no invalidante, no procedería dicha exclusión (Resolución 95/2012 del TACR). En este sentido se viene considerando por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que no

se vulnera el secreto de las ofertas cuando la información que se ha desvelado de forma anticipada no es determinante de la valoración.

3.- ACUERDO N° 52/2013, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. CONTRATO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 52/2013, ha fijado doctrina para delimitar cuando un contrato es de servicios y no de servicios públicos, atendiendo al dato de si existe o no riesgo en la explotación. Así, un contrato de hemodiálisis, calificado inicialmente por el órgano gestor como de servicios públicos, es considerado de servicios.

El contrato objeto de recurso, define un número total de sesiones de diálisis y se establece el pago de las mismas al precio ofertado por el licitador que sea adjudicatario. La Administración se reserva para si el tratamiento de los pacientes que realiza en los hospitales públicos de referencia, y transfiere al adjudicatario un número total de pacientes, que no deja indeterminada la demanda del servicio. En el propio informe de necesidad del órgano de contratación se prevé la atención a un máximo de 60 pacientes, que supondrían un total de 25.040 sesiones.

Estos datos combinados con la doctrina existente (TJUE y JCCA) resultan determinantes para considerar, pese a lo que pudiera parecer a simple vista, que estamos realmente ante un contrato de servicios y no ante un contrato de gestión de servicio público.

1.- Doctrina administrativa

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del

servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma».

2.- Jurisprudencia comunitaria

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige como condición sine qua non, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada. Así, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) a Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater), la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

De acuerdo con esta jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, el Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista.

Como consecuencia, ante la ausencia de transferencia de riesgo en la explotación del servicio por el adjudicatario, tal y como está definida la prestación del mismo:

a) El presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios. (No gestión de servicio público).

b) Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

COLEGIOS Y PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° REC 89/2012. PROFESIONES SANITARIAS. ACCESO AL TÍTULO DE PSICÓLOGO CLÍNICO

La actora solicita que al amparo de lo previsto en las Disposiciones Transitorias del RD 2490/1998, de 20 de noviembre, se le reconozca el acceso al título de psicólogo especialista en psicología clínica por reunir todos los requisitos fijados reglamentariamente para acceder por la vía transitoria a dicha titulación.

Sin embargo la AN recuerda que el cumplimiento de tales requisitos se constituyen como el mínimo necesario para poder acceder a esta vía transitoria, y que la expedición del título se condiciona a la valoración de su historial profesional por parte de la Comisión Nacional de expertos.

En este caso la Comisión Nacional de Psicología Clínica emitió informe negativo, y que hizo propio la resolución administrativa definitiva objeto de impugnación. Sin embargo dicho informe, y por ende, la resolución, adolecen de falta de motivación generando una real situación de indefensión que provoca la retroacción de actuaciones para que la Administración motive suficientemente su decisión.

2.- STSJ DE EXTREMADURA, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° 1199/2013. LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El Colegio Oficial de Enfermeros de Badajoz impugna la Resolución de la Gerencia del Servicio de Extremeño de Salud por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de enfermero. En concreto el aparatado en el que se indica, contrariamente a lo establecido en Pacto sindical, que del proceso selectivo no se derivará ninguna bolsa de trabajo.

La Administración denuncia la falta de legitimación activa del Colegio de Enfermería, criterio que comparte la Sala para quién el Colegio está recurriendo una materia que no afecta directamente a los intereses profesionales de sus colegiados ya que lo que pretende es incidir es en la forma en que las bolsas de trabajo han de constituirse. Como recoge la Sentencia “*La función de defensa y protección de los intereses de la profesión y de sus colegiados no es*

suficiente para impugnar cualquier acto administrativo, aunque éste pueda tener alguna incidencia en el ejercicio de la profesión”.

Resulta perfectamente trasladable a los Colegios Profesionales la doctrina fijada por el TC en relación con los Sindicatos, de modo que no basta con una invocación genérica de la defensa de un interés colectivo, sino que es preciso que exista un vínculo especial y concreto entre la organización y el objeto del debate en el pleito de que se trate.

3.- STSJ DE VALENCIA DE 29 DE ENERO DE 2014, Nº 46/2014. EXISTENCIA EN RESIDENCIAS PARA MAYORES DE UNIDADES DE ENFERMERÍA

El Colegio Oficial de Enfermería de Valencia cuestiona la legalidad de la Orden 8/2012, de 20 de febrero, de autorización y funcionamiento de centros de servicios sociales especializados para la atención de personas mayores.

En concreto se critica la no inclusión dentro de la relación de servicios de los que puede disponer los centros de atención preventiva para personas mayores, del servicio de enfermería, lo que resulta contrario a lo previsto en el art. 7.2.a) de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias –LOPS–.

La Sentencia estima de forma parcial el recurso, y declara que se establezca en la Orden la posibilidad de que puedan existir en este tipo de centros, servicios de enfermería.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.- STSJ DE EXTREMADURA DE 15 DE ENERO DE 2013, REC 282/2012. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EMPLEADO EN LA PRIMERA INTERVENCIÓN NO TIENE VALIDEZ PARA LAS RESTANTES INTERVENCIÓNES REALIZADAS POR ESA MISMA PATOLOGÍA

La sentencia de instancia desestima el recurso interpuesto contra el Servicio Extremeño de Salud por los daños derivados de una intervención quirúrgica realizada como consecuencia de una hernia inguinal, y las sucesivas intervenciones que se practicaron. El juzgador entendió que el consentimiento

informado prestado por el paciente para la primera de las intervenciones, y en el que se le comunicaba la posibilidad de complicaciones y de reintervención, era suficiente para acreditar la existencia de consentimiento informado respecto de las tres intervenciones posteriores.

El TSJ de Extremadura condena no por las secuelas o daños físicos ocasionados, sino por el daño moral consistente en no haber sido adecuadamente informado de las intervenciones quirúrgicas sufridas. No es lo mismo ser informado de la posibilidad de ser reintervenido, que ser informado de los riesgos y consecuencias que derivan en cada una de las operaciones que se practicaron.

2.- STSJ DE BALEARES DE 3 DE ABRIL DE 2013 Nº 298/2013. EXTENSIÓN DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA

El recurrente considera que la información facilitada ha sido incompleta ya que no se le dijo nada sobre la posibilidad de que se produjera la complicación que ha motivado la interposición del recurso, la fractura de la pared interna orbitaria del ojo. En el documento de información que se le hizo entrega para la práctica de la técnica consistente en “*cirugía endoscópica nasosinusal*”, se informaba de la posible existencia de complicaciones oculares, pero sin incluir la que finalmente se produjo.

La Sala considera que la advertencia de un posible riesgo específico consistente en “*complicaciones oculares*” comprende la advertencia de la lesión finalmente ocasionada. Para fundamentar este criterio, la Sala trae a colación la doctrina del TS que ha señalado que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada, y en un padecimiento innecesario para el enfermo. El consentimiento y la información que le precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad, y por tanto no cabe exigir hipótesis que se alejan del acto médico.

3.- STS DE 21 DE MAYO DE 2013, REC 4350/2012. INFORMACIÓN SOBRE COMPLICACIONES RARAS

Paciente que acude a Hospital General de Alicante y con ocasión de la atención sanitaria recibida, contrae una infección nosocomial de la que no fue informado en su momento (fascitis necrotizante).

El TS confirma la Sentencia recurrida ya que no es exigible información respecto a posibles complicaciones no habituales o raras.

4.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 5 DE ABRIL DE 2013, N° 564/2013.DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DAÑO MORAL

Matrimonio con un hijo diagnosticado de fibrosis quística de páncreas. Se sometieron a un detallado estudio genético que arrojó como resultado la mutación genética causante de fibrosis quística en el padre y el hijo, dando la madre negativo.

Años después, la madre vuelve a quedar embarazada siendo objeto de un especial seguimiento ginecológico en atención a los antecedentes familiares ya citados, practicándosele numerosas pruebas médicas. Una de las pruebas solicitadas por su ginecólogo fue: “*cariotipo en líquido amniótico y alfafetoproteína*”. El resultado de la prueba es “*varón cromosómicamente normal*”.

El parto se desarrolla con normalidad, si bien el recién nacido presenta una obstrucción intestinal y una sepsis tardía clínica. Sospechándose que sufría fibrosis quística, luego de diferentes pruebas, entre ellas un estudio genético, se concluye que el bebé padece fibrosis quística con afectación al páncreas y pulmonar leve. Los afectados de fibrosis quística pancreática tienen una expectativa vital de 30 años o a lo sumo una década más, su situación precisa de un entorno extremadamente limpio, durante la infancia ofrece un nivel de complicaciones importantes acentuándose durante la adolescencia.

Las cuestiones que se suscitan son:

1.- ¿Tiene algún tipo de responsabilidad el Servicio de Salud de Castilla y León, toda vez que las pruebas diagnósticas solicitadas se realizaron por un laboratorio privado? ¿Cabría aplicar el art. 97 del entonces vigente TRLCAP, conforme al cual es el contratista quien asume la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato?

Esta opción resulta, a juicio de la Sala, desproporcionada ya que el hecho lesivo se ha producido, inequívocamente, dentro de la prestación del servicio público sanitario. Los terceros aquí codemandados acudieron a la administración demandada para ser

atendidos sanitariamente, y así fue. No acudieron, en absoluto al laboratorio recurrente.

2.- Causación del hecho lesivo.

a) La solicitud del facultativo al laboratorio para que se realizase la mencionada prueba diagnóstica se hizo de forma incorrecta.

Debía cumplimentarse en unos documentos proformados entregados por el laboratorio codemandado. Esos documentos proformados contenían diferentes apartados de necesaria cumplimentación, máxime en el supuesto que nos ocupa, en que la solicitud de la prueba se salía de lo habitual. El citado facultativo solicitó la realización de la siguiente prueba de entre un elenco de casillas: “*cariotipo en líquido amniótico y Alfafetoproteína*”. Dejó en blanco el apartado correspondiente a la orientación diagnóstica y los datos clínicos de interés, pese a que en el apartado reservado a análisis del líquido amniótico, en el motivo de la amniocentesis figuraba la expresión literal “*fibrosis quística*”.

2.- Inadecuación de la prueba diagnóstica solicitada.

Este estudio realizado sólo sirve para identificar el cariotipo (estudio morfológico y cuantitativo de cromosomas), siendo insuficiente para diagnosticar la fibrosis quística, pues para detectar esta última enfermedad lo procedente es estudiar las mutaciones del gen que codifica una proteína.

3.- Falta de diligencia del laboratorio.

La actuación de los laboratorios no ha sido diligente, concurriendo causalmente a la producción del resultado lesivo, pues no solicitó el completado del documento de solicitud de la prueba pese a venir sustancialmente incompleto.

No obstante, la Sala considera que en este caso no cabe hablar de una concurrencia causal, pues la actuación de la administración autonómica sanitaria ha sido absolutamente determinante en la producción del resultado dañoso, absorbiendo la incuria del laboratorio.

A la vista de lo anterior, es evidente que se ha vulnerado el derecho a la información, y como consecuencia de dicha privación, la imposibilidad de haber podido interrumpir el embarazo ha provocado un daño real, efectivo y susceptible de evaluación económica.

5.- SAP DE MADRID, DE 28 DE MAYO DE 2013, Nº 273/2013, REC 186/2013. RESPONSABILIDAD PENAL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Paciente que acude al servicio de urgencias quejándose de dolor e inflamación en la mano izquierda. Tres meses después el paciente se somete en ese mismo hospital a una intervención quirúrgica de dicha mano.

El paciente llegó a primera hora y se entrevistó con el médico, quien le comunicó que tendría que esperar, dado que había previsión de cuatro intervenciones quirúrgicas para esa mañana. Poco antes de entrar en quirófano, el médico pudo reconocer la mano izquierda del paciente y conversar con él sobre la intervención que se aproximaba. Sin embargo, el médico acusado, sin consultar el historial clínico, procedió a intervenir quirúrgicamente por error la mano derecha.

Una vez que se había percatado del error y comprobó que, en efecto, la mano a operar era la izquierda y le habían operado la derecha, el médico le dijo al paciente, aún bajo los efectos de la anestesia, que le realizaría la operación prevista, previa confirmación, con el médico anestesista, de que, en opinión de éste, aguantaría una segunda sedación general, y sin que constase la existencia de consentimiento informado.

La Sentencia de instancia condenó al médico por la comisión de una falta del art. 621.1 del CP, pues las lesiones causadas no precisaron para su curación de tratamiento médico o quirúrgico, si bien la Sala recuerda que el art. 147 del CP no solo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también y de manera autónoma el derecho a la integridad física, y como establece el TC (STC 16/12/1996) *“dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular”*.

6.- SAP DE A CORUÑA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013, Nº REC 1059/2013. ERROR EN LA ADMINISTRACIÓN DE MEDICAMENTO

Fatal error en la administración de un medicamento destinado a la madre y que sin embargo se suministró al bebé recién nacido. La Sala exonera de responsabilidad a la profesional de administró el medicamento ya que era la profesional de menor cualificación y experiencia ya que había sido contratada para una sustitución de dos días y no resultó

supervisada por ningún otro interviniente. Por tanto resultaría desproporcionado exigir una mayor responsabilidad a quién profesionalmente se le exige una menor formación y que siempre tendría que haber actuado bajo la supervisión de un facultativo o técnico superior.

Por otra parte, de las circunstancias que rodearon el caso, resulta plausible que la acusada creyese que el medicamento iba destinado al bebé en lugar de la madre ya que el lugar donde se hallaba el mismo era un recinto destinado al cuidado de la recién nacida.

7.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 369/2013. FALTA DE PERSONAL MÉDICO Y RESPONSABILIDAD DE LA CLÍNICA POR DAÑOS AL FETO

Mujer embarazada que en la última etapa de su embarazo, acude al servicio de urgencias del hospital de ‘La Inmaculada’ de Granada, sin que en dicha visita, atendida por un matrón, se detectasen síntomas que determinaron pocas horas después que entrara en estado de eclampsia, siendo trasladada en ambulancia desde su vivienda a un hospital público con pérdida de consciencia, desprendimiento de 2/3 partes de la placenta determinando la extracción fetal mediante cesárea urgente por sufrimiento fetal agudo de su hijo con escasísima vitalidad (1/6 al minuto en el test de Apgar), en extrema gravedad, permaneciendo 27 días en la UCI quedando, como secuelas irreversibles, parálisis cerebral infantil y tetraplejia, entre otras.

Pese a la clara sintomatología presentada por la gestante (náuseas, mareos, dificultades de habla y respiración), no fue examinada por un médico sino por un matrón, ya que no se disponía de un facultativo en ese momento, y que se limitó a valorar que la mujer no se encontraba de parto, sin prestar atención al estado de salud de la embarazada, lo que por otra parte tampoco estaba en su mano ni era función suya.

No hay constancia documental de lo que sucedió el día en que acudió a urgencias, si se tomó o no la presión arterial de la embarazada, incertidumbre achacable a la deficiente gestión y documentación del hospital privado. En cualquier caso, la gestante abandonó el centro en la errónea creencia de que no había motivo alguno de preocupación cuando pocas horas después ocurrió todo lo contrario.

8.- STSJ DE MADRID, DE 20 DE MARZO DE 2014 N° 205/2014. RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO DE PACIENTE SOMETIDO A ENSAYO CLÍNICO

Paciente oncológica que se somete en un hospital público a un ensayo clínico para el tratamiento de su patología. En un principio la respuesta fue satisfactoria con buen pronóstico, pero dos años más tarde la paciente presenta graves complicaciones cardíacas, presumiblemente asociadas al tratamiento aplicado en el marco del ensayo clínico, que finalmente provocan su fallecimiento.

La familia exige responsabilidad patrimonial al Servicio Madrileño de Salud por el fallecimiento de la paciente durante su participación en un ensayo clínico con personal sanitario de la Administración y en un centro hospitalario público, sin plantear en ningún momento un posible problema de deficiente praxis sanitaria.

El hecho de que la atención sanitaria se prestara en un hospital público o que, como era el caso, el investigador principal fuera un facultativo del hospital no permite incardinar la reclamación dentro del esquema de la responsabilidad patrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de regulación específica para los casos de daños derivados de la participación en ensayos clínicos (RD 223/2004).

Por tanto, no se puede transformar en responsabilidad patrimonial sanitaria el fallecimiento de la paciente por el hecho de que ésta se hubiese sometido a un ensayo clínico realizado en un centro sanitario público, sino que aquélla surgiría, en su caso, si se acreditase la deficiente atención sanitaria prestada.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1.- STC DE 6 DE JUNIO DE 2013, N° 137/2013. INCONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO NAVARRO DE CONCERTACIÓN VOLUNTARIA DE OFICINAS DE FARMACIA

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad por considerar que determinados preceptos de la Ley Foral 12/2000 atentan contra el régimen establecido en la legislación básica estatal, consistente en un modelo de concertación general y universal para la dispensación de medicamentos por parte de las oficinas de farmacia. Es decir, la dispensación de medicamentos constituye para los farmacéuticos una obligación

de origen legal que no consiente adhesión voluntaria, y por tanto la concertación voluntaria solo será posible siempre que quede al margen de la misma el cumplimiento de obligaciones de origen legal, como es el caso de la dispensación de medicamentos. Por el contrario, el modelo navarro reconoce a los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público el derecho de concertación, y se establece el correlativo deber del Servicio Navarro de Salud de concertar con aquellos propietarios-titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha dispensación.

Como reconoce el TC, la Comunidad Foral de Navarra podrá fijar las condiciones en las que se efectuará la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, pero esa normativa de desarrollo no puede poner en entredicho la existencia misma del deber legal de dispensación. Así pues, el modelo navarro de concertación vulnera la legislación básica estatal en materia de sanidad al reconocer un derecho de concertación directamente vinculado a la dispensación de medicamentos prescritos por los facultativos del SNS, que se hace así depender de la adhesión voluntaria de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia al acuerdo marco.

Por lo que respecta a la constitucionalidad del resto de los preceptos legales cuestionados, y en concreto el art. 31.2.f) relativo a los aspectos que han de quedar comprendidos dentro de ese acuerdo –condiciones económicas de la atención farmacéutica y de la provisión de medicamentos a los ciudadanos–, solo será respetuosa con la legislación básica estatal si dichas condiciones se refieren a aspectos distintos de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas en la legislación estatal.

2.- STS DE 25 DE ABRIL DE 2014, REC 4317/2004. ANULACIÓN ACUERDO MARCO CONDICIONES DE CONCERTACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

Se impugna en casación la sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos por considerar que el acuerdo marco impugnado de condiciones de concertación de las oficinas de farmacia, se limita a aplicar los preceptos de la Ley Foral 12/2000.

El Supremo proyecta sobre este recurso la reciente declaración de inconstitucionalidad de la citada Ley.

3.- STC 83/2014, DE 29 DE MAYO. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 3169-2005. PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 3 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA RESPECTO DEL REAL DECRETO-LEY 5/2000, DE 23 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES DE CONTENCIÓN DEL GASTO FARMACÉUTICO PÚBLICO Y DE RACIONALIZACIÓN DEL USO DE LOS MEDICAMENTOS. PRINCIPIOS DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA; LÍMITES A LOS DECRETOS-LEYES: CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA ESCALA DE DEDUCCIONES APLICABLE EN LA DETERMINACIÓN DE LOS MÁRGENES DE LAS OFICINAS DE FARMACIA POR EL SUMINISTRO DE ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Se cuestiona la inconstitucionalidad del art. 3 del RD-Ley 5/2000 por haber introducido una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria mediante un RD-Ley, en lugar de Ley conforme a lo previsto en el art 31.3 de la CE.

Dicho precepto establecía para los márgenes de las oficinas de farmacia por el suministro de especialidades médicas al SNS, una escala de deducciones aplicable sobre la facturación mensual de cada oficina de farmacia correspondiente a las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social, o a fondos estatales afectos a la sanidad.

Pues bien, dicha prestación carece de naturaleza tributaria ya que no se pretende establecer una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar la financiación del gasto público, sino intervenir en una actividad que se incardina en un sector regulado con la finalidad de racionalizar el gasto farmacéutico.

Por tanto, no hay inconveniente para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre y cuando, claro está, concurra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este particular instrumento normativo, y a su través, no se afecte el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado en el Título I de la CE, art. 31.1.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

1.- SAN DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° REC 289/2010. ACCESO A LA HC Y PÉRDIDA DE RADIOGRAFÍAS

Es objeto de impugnación la resolución dictada por la AEPD que estima la reclamación presentada contra el hospital San Camilo. La reclamante solicitó acceder a la historia clínica de su madre fallecida, y que se le hiciera entrega de las radiografías y TAC. El hospital le hizo entrega del historial clínico que no incluía las placas de imagen de radiografías, ni de TAC.

El hospital alegó ante la AEPD que no conserva este tipo de pruebas ya que conforme a su protocolo interno, en los casos de fallecimiento, hace entrega de las mismas a los familiares sin obligar a la firma de ningún recibí, manifestaciones que son admitidas por la AEPD sin más.

La Sala critica la actuación de la AEPD, que declinó su competencia para inspeccionar y sancionar las obligaciones de conservación de la documentación clínica por parte del hospital privado, a favor de las autoridades sanitarias correspondientes, ya que:

1.- Soslayó algo tan relevante como que la afirmación realizada por el hospital de que las citadas placas no se hallaban en su poder, podría constituir una vulneración del deber de seguridad previsto en el art. 9 de la LOPD.

2.- Todos los hospitales tienen un pack donde almacenan todos los estudios por imagen que realizan, y todos los ordenadores de TAC tienen un sistema de almacenamiento de las imágenes realizadas que se graban en CDs o DVDs.

3.- La entrega de las imágenes/placas no ofrecía grandes dificultades, y en todo caso correspondía al hospital probar, o bien que había entregado con anterioridad a la paciente o a sus familiares las repetidas imágenes, o bien existía una imposibilidad material de realizar dicha entrega.

2.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE MARZO DE 2014, Nº REC 236/2013. UTILIZACIÓN POR UN LABORATORIO FARMACÉUTICO DE DATOS DE UNA OFICINA DE FARMACIA

Es objeto de impugnación la Resolución de la AEPD que acordó no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador o de infracción en relación con la denuncia formulada por el titular de una oficina de farmacia contra la mercantil Lilly, SA.

Esta última empresa se puso en contacto con el reclamante para indicarla mediante carta que estaba adquiriendo una cantidad desproporcionada de envases de determinados medicamentos, por lo que le instaba a que justificara que los medicamentos citados estaban siendo dispensados a pacientes. Asimismo, el laboratorio farmacéutico también puso en conocimiento del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla la adquisición de tales medicamentos por tres farmacéuticos de Sevilla, relatando que estaban adquiriendo cantidades significativamente superiores a las necesarias para abastecer el mercado.

El recurrente considera que el acceso por parte del laboratorio a este tipo de información supone una vulneración de la legislación sobre protección de datos de carácter personal, en concreto del art. 11.

Sin embargo el art. 2 del RD 1720/2007, señala que dicho reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas ni a los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

En efecto, conforme a la normativa comunitaria y jurisprudencia del TJUE, la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, únicamente corresponde a personas físicas (a diferencia del derecho fundamental al honor, intimidad y propia imagen del art. 18.1 de la CE), con exclusión de las personas jurídicas. En este sentido la Sentencia destaca que el art. 18.4 de la CE emplea el término “*ciudadanos*”, de modo que parece hacer referencia a “*personas físicas*”.

En el caso de tratarse de empresarios individuales y profesionales, se hace necesario diferenciar si el dato en cuestión se refiere a su vida privada o bien a la empresa o profesión.

El supuesto objeto de controversia, la divulgación de datos relativos a compras de medicamentos por farmacias, que tienen la condición de establecimientos sanitarios privados de interés público, no gozaría de la protección dispensada por la LOPD ya que no guardan relación con la esfera íntima o personal del titular del establecimiento, sino con su actividad profesional. En este sentido señalar que la finalidad del tratamiento de estos datos era verificar si el elevado volumen de adquisición de ciertos medicamentos por las farmacias se corresponden con las necesidades del mercado y si su destino ha sido el previsto legalmente.

Respecto a que el art. 87 de la Ley 29/2006, establezca en relación con las obligaciones de información de los laboratorios, almacenes y oficinas de farmacia hacia la Administración respecto a los medicamentos vendidos y devueltos, que la recogida y tratamiento de dichos datos “*deberá adecuarse a la normativa vigente en materia de seguridad y protección de datos*”, a juicio de la Sala no quiere decir que tales datos sobre compras de medicamentos por las oficinas de farmacia gocen de la protección que dispensa la LOPD.

Por todo lo anterior se considera ajustada a Derecho la Resolución adoptada por la AEPD.

3.- STSJ DE CATALUÑA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2012, SALA DE LO SOCIAL, Nº 8138/2012. REVELACIÓN DE RESULTADOS DE RECONOCIMIENTO MÉDICO.

En la empresa Mutua General de Cataluña existe la práctica habitual de someter a todas las personas de nueva incorporación, a una serie de pruebas médicas que incluyen análisis de sangre y de orina, y que se efectúan por la empresa Creu Blanca, que tiene encomendada su realización.

Este tipo de pruebas no guardan ninguna vinculación con los reconocimientos médicos del art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya que no tienen por objeto determinar la aptitud del trabajador para realizar los cometidos para los que ha sido contratado, por lo que no se llevan a cabo conforme a las exigencias propias de aquéllos.

El actor, al igual que el resto de los trabajadores, se sometió a este tipo de pruebas médicas, pero sin que se le informase previamente de la amplitud de dichos análisis de sangre y orina.

Los resultados de las pruebas detectaron la presencia de VIH, por lo que el laboratorio solicitó del director médico de la empresa empleadora la autorización para realizar el necesario análisis adicional de confirmación. A su vez, el director médico de la empresa comunicó los resultados al Director General Adjunto de la entidad.

El trabajador, pocos meses después, comunicó su baja voluntaria en la empresa por sentirse indignado ante el rechazo de alguna de las propuestas profesionales presentadas como responsable del proyecto del que era coordinador.

En este caso lo verdaderamente relevante es que nadie informó al trabajador de que se fuese a realizar la prueba del VIH, un dato de gran importancia por cuanto una analítica ordinaria de sangre no permite detectar el virus. Precisamente por ello, no cabría invocar la existencia de un consentimiento tácito a la realización del reconocimiento médico ya que en ningún momento se especificó la inclusión en los análisis de la prueba de detección del VIH.

A la falta de información habría que añadir la ausencia de consentimiento informado escrito, y el hecho de tratarse de una prueba médica que no guarda relación alguna con el desempeño de su labor profesional, que no está justificada por la necesidad de determinar su aptitud para el trabajo.

La gravedad de los hechos se ve incrementada por la actuación posterior a la realización de la analítica, habida cuenta que una vez apreciada la presencia del virus, el laboratorio lo comunicó al director médico, que a su vez lo puso en conocimiento del Director General Adjunto (infracciones muy graves por revelación de datos a tercero y acceso a datos especialmente protegidos por personas no autorizadas).

Por todo ello es evidente que la revelación de la enfermedad ha ocasionado un daño moral (sufrimiento, el disgusto por la revelación del padecimiento de la enfermedad), sin que la Sala comparta el criterio del Juez “*a quo*”, que minoró las consecuencias derivadas de la práctica de dicha prueba sin contar con el consentimiento informado del trabajador, por considerar que en la actualidad ya no existe en relación con el VIH una carga tan negativa como años atrás.

Como muy bien precisa la Sentencia “*lo decisivo es que su derecho fundamental a mantener en el ámbito de la más estricta intimidad los pormenores sobre*

su estado de salud, y a esos efectos resulta irrelevante la concreta etiqueta de la enfermedad de que se trate...”

RECURSOS HUMANOS

1.- STC DE 11 DE MARZO DE 2013. COMPETENCIA PARA FIJAR LOS SERVICIOS MÍNIMOS EN CASO DE HUELGA EN EL SERVICIO MURCIANO DE SALUD.

Se plantea cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 7.2 l de la Ley de 5/2001, de 5 diciembre de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, que fue suprimido por la Ley 5/2012.

Dicho precepto atribuía al Director Gerente del Servicio Murciano de Salud la potestad de fijar los servicios mínimos en caso de huelga en esa entidad, lo que vulnera el art. 28 de la CE.

En efecto, como señala la Sentencia, el Director Gerente no es una autoridad gubernativa sino un órgano administrativo que asume las funciones de dirección y gestión del SMS y que, en consecuencia no se encuentra revestido de la nota de imparcialidad que, conforme a la doctrina del TC requiere la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga.

2.- STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1954/2012. PARTICIPACIÓN EN PROCESO SELECTIVO DE PWRSONAL ESTATUTARIO FIJO DE ESA MISMA CATEGORÍA EN OTRA CCAA.

El Tribunal Supremo estima conforme a Derecho la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud castellano-leonesa que excluyó de una convocatoria para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas a aquellos litigantes que ya ostentaran dicha condición y prestaran servicio en otras CC.AA, según informó el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León.

En su fallo, la Sección Séptima de la Sala Tercera del Alto Tribunal da la razón así a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que recurrió la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Valladolid, que en 2012 atendió el recurso interpuesto contra la

resolución por la que fue excluida en el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas, según convocatoria realizada por Orden SAN 947/2008.

Aunque el TJSCyL anuló dicha orden por ser disconforme con el ordenamiento jurídico y reconocía el derecho de la litigante a participar en el concurso, aun cuando ésta contara con la condición de personal fijo estatutario en el servicio de otra comunidad autónoma, el Supremo avala ahora la legalidad de la decisión de la Junta de Castilla y León.

En su fundamentación, el Alto Tribunal advierte de que *“en buena lógica jurídica, no parece que deba permitirse presentar al proceso selectivo a quien ya ostenta esa condición por haber accedido a la misma con anterioridad, pues parece claro que quien ya pertenece a un determinado cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad de un determinado servicio autonómico de Salud, ningún interés podrá tener ya en acceder a una condición que ya ostenta; esto es, la simple participación, e incluso superación, de un determinado proceso selectivo ninguna utilidad relevante desde el punto de vista jurídico le va a reportar al aspirante”*.

El Acuerdo Sindicatos-Insalud de 18 de octubre de 2000 (que se ha aplicado por los Tribunales a cualquier proceso selectivo, tanto fijo como de temporales) ya establecía en la Norma General 3 del Anexo 1 que *“no podrá participar en la bolsa de trabajo quién ostente plaza en propiedad en activo o en excedencia en la misma categoría en el Insalud o en los Servicios de Salud del SNS”*.

En similares términos se ha pronunciado el TSJ de Madrid en Sentencia de 20 de marzo de 2013, nº 398/2013, si bien en este caso con apoyo de la STC de 27/10/2008 en la que se declaró la constitucionalidad de las bases de la convocatoria para el acceso a plazas de FEA del Insalud, y en las que se recogía que los aspirantes no pueden ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del SNS.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 15 DE FEBRERO DE 2013, Nº DE REC 159/2008. POTESTAD ORGANIZATIVA Y MOVILIDAD.

La Sentencia entra a analizar la potestad organizativa de la Administración, y la legalidad de la decisión adoptada al abrigo de dicha potestad, de reorganizar

la actividad funcional de un facultativo, un médico urólogo que presta servicios en el Sector Sanitario I de Zaragoza debido al proceso de remodelación y mejora en el que se encuentra inmerso el servicio de urología. Dicha demarcación comprende además del hospital donde presta servicios el interesado, otros dos centros hospitalarios. Como consecuencia de la decisión adoptada por la Gerencia, el facultativo debe asumir una parte importante de la actividad quirúrgica que se lleva a cabo en los otros dos hospitales.

Se cuestiona el ejercicio por la Administración de la potestad organizativa alegando que este tipo de decisiones contravienen el art. 87 de la Ley General de Sanidad así como el artículo 31 del RD 521/87.

En concreto, la parte apelante alega que el nombramiento del facultativo no va referido a ningún sector sanitario sino que es FEA del Hospital Nuestra Señora de Gracia, a lo que la Sala contesta trayendo a colación la abundante jurisprudencia constitucional conforme a la cual las Administraciones no están obligadas a respetar intactas y congeladas las estructuras administrativas existentes.

A partir de la doctrina antes expuesta, es decir la inexistencia de derechos adquiridos por parte de los funcionarios a que se mantenga la estructura de los organismos en los que sirven, la Sala considera que *“el hecho de que el recurrente tenga un nombramiento como médico especialista en Urología con destino en el Hospital Nuestra Señora de Gracia, no es óbice para que, encuadrado en un Sector Sanitario, quién tiene competencia para ello pueda adoptar decisiones desde el punto de vista organizativo o asistencial...”*

Sin embargo la medida adoptada como manifestación del ejercicio de la potestad discrecional antes mencionada no puede rebasar los límites de legalidad. En concreto habría que verificar el cumplimiento de la teoría de los hechos determinantes, si en realidad concurren o no las circunstancias que justifican la necesidad de la medida combatida para que no estemos ante una decisión arbitraria.

Este es el talón de Aquiles de la decisión administrativa impugnada, ya que de la prueba practicada se desprende claramente que, pese a todo, el recurrente continuó realizando su actividad quirúrgica en su hospital de destino, sin que se aprecie la repercusión que en ella pudiera tener la *“remodelación y mejora”* a las que se refieren los actos impugnados, a la vez

que queda de manifiesto que no resultó necesaria su actuación profesional en el Hospital Royo Villanova.

4.- STSJ DE CLM DE 31 DE OCTUBRE DE 2013, N° 278/2013, N° DE REC. 110/2012. CESE EN PUESTO DE LIBRE DESIGNACIÓN.

Se discute la legalidad del cese de un jefe de servicio, personal estatutario, como consecuencia de la “pérdida de confianza en las funciones directivas que desempeñaba en virtud de un nombramiento de libre designación”.

La cuestión central del debate reside en determinar si los ceses del personal funcionario en puestos de libre designación deben estar motivados, o si por el contrario, sería suficiente con una genérica invocación a la pérdida de confianza, que por otra parte se entendería implícita en el propio acuerdo de cese.

La jurisprudencia tradicionalmente se ha decantado a favor de la inexigibilidad de la motivación para cargos directivos y de libre designación, en los que la “confianza”, que solo puede ser verificada por la autoridad que verifica el nombramiento, se erige en un factor esencial para que se efectúe dicha designación.

Sin embargo, tras la STS de 30 de septiembre de 2009, la doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio sustancial en lo que respecta a la significación que tiene el procedimiento de libre designación, tanto en lo que respecta al nombramiento como al cese. Conforme a esta nueva jurisprudencia, se pone de manifiesto la importancia que adquieren los principios constitucionales de mérito y capacidad, conforme a los cuales se ha de interpretar el verdadero significado de la “confianza” que inspira este tipo de nombramientos. Por tanto, deviene obligada la motivación de ese tipo de actos (art. 54.2 de la Ley 30/1992 y 56.2 del RD 364/1995), completada –y ésta es la verdadera novedad– con una referencia a dos extremos:

- a) Los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento.
- b) Las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.

En la **Sentencia de 17 de diciembre de 2010**, este mismo Tribunal ya decía en relación con la importancia que adquiere la confianza en estos nombramientos:

«Siempre se ha dicho que el puesto de “libre designación” es de “confianza” de quién efectúa el nombramiento; el concepto de confianza no se debe confundir nunca con la sintonía personal o ideológico-política, entre quien hace la designación y el designado, sino con la valoración de la capacidad técnica de quien es llamado, en el sentido de que se cree o se “confía” que está mejor preparado técnicamente que otros para el ejercicio de ese concreto puesto de trabajo».

Esta misma doctrina aplicable respecto a la motivación de los nombramientos para puestos de libre designación, considera la Sala que también se debe predicar respecto de los actos administrativos de cese, lo que supone que la “confianza” a la que habría que apelar para justificar esta decisión administrativa debe ser aquella que deriva de la aptitud profesional del candidato.

Como dice textualmente la Sentencia en su **Fundamento Jurídico Quinto**:

“...la pérdida de confianza ha de fundarse de modo análogo a la vista del desarrollo de la actividad profesional en el puesto que viniera ocupándose y no por mero capricho del órgano decisor (piénsese, a efecto meramente ilustrativos, en la hipótesis de ceses del personal funcionario que, de un modo u otro, ejerza funciones preventivas de control de la legalidad de la actuación administrativa o de terceros y que el rigor en el ejercicio acarree, precisamente, el cese ante la incomodidad de la autoridad administrativa que se siente fiscalizada de legalidad)”.

SEGUNDO.- Descendiendo al caso concreto objeto de enjuiciamiento, la Sala llama la atención sobre el hecho de que se haya empleado por la Administración un sistema de provisión tan excepcional como es la libre designación para el desempeño de un puesto de Jefe de Servicio en materia de selección de personal. En efecto, como señala la Sentencia:

“el sistema de provisión de puestos de trabajo de libre designación ha de ser considerado excepcional, reducido a los altos cargos de la Administración, y dentro del sector profesional a los puestos que deben ser cubiertos por

funcionarios de carrera pero cuya naturaleza y conexión con la actividad política, exigen que el funcionario seleccionado sea de la confianza del designante”.

En el presente caso es evidente que no estamos ante un puesto directivo (art. 20 del RD-Ley 1/1999), y por tanto no resulta suficiente como causa revocatoria del nombramiento de la interesada la pérdida de la confianza, sino otras justificaciones de mayor entidad.

A partir de estas últimas consideraciones efectuadas por la Sala, entiendo que habría que distinguir dos supuestos claramente diferenciados dentro del sistema de provisión de libre designación:

- a) Puestos de libre designación con contenido eminentemente político o de confianza personal.
- b) Puestos de libre designación con contenido eminentemente técnico.

Este último supuesto, en puridad, tendría difícil encaje en el sistema de libre designación, pues tal y como vienen señalando nuestros Tribunales de Justicia, la adopción de este sistema de provisión se debe justificar, no de forma que afecte genéricamente a todos los puestos, sino de forma individualizada, detallando las funciones que tienen asignadas, con especial incidencia en aquéllas que conlleven una especial responsabilidad o confianza (STS de 21 de mayo de 2012 y STSJ del Principado de Asturias, de 24 de julio de 2012, ambas publicadas en el **Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam nº 96, Enero de 2013**, disponible en la web del Sescam). Especial mención merece, por afectar directamente al Servicio de Salud del Principado de Asturias en un caso muy similar, la Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de abril de 2010, publicada en la **Revista “Derecho y Salud” Volumen 21, Nº 1 Enero-Junio 2011**, pag. 176, sección *“Informes y Jurisprudencia”* que dirige quién suscribe, en la que la Sala establece respecto de este sistema de provisión que:

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.

c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).

d) La objetivación de los puestos de esta última clase (*“especial responsabilidad”*) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, *“en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos”* y serán públicas.

Esta distinción ha sido puesta de manifiesto recientemente por el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete, que en su Sentencia de 1 de Julio de 2013**, con ocasión del cese del tesorero de la Diputación Provincial de Albacete, se hace eco de la STSJ de CLM de 17 de diciembre de 2010 (antes citada) para afirmar que:

“No es lo mismo el caso de Secretario/a personal de un alto cargo, donde, además de los requisitos legales, la confianza personal o relación personal sí es importante, de aquéllos otros puestos de carácter eminentemente técnicos, como lo es el aquí discutido de Vicesecretario General de una Diputación Provincial; naturaleza técnica aceptada por ambas partes; es decir, el Vicesecretario General no va a realizar encargos personales del Presidente de la Diputación sino sólo aquéllas funciones que le corresponden, propias de la Secretaría, y en el estricto marco de la ley.

Por ello el margen de discrecionalidad, que ha de manifestarse en la motivación de la designación, no es igual en los puestos de libre designación de carácter técnico que en los que no lo sean, pues la aptitud o preparación técnica en el primer caso es más objetivable, sin la rigidez propia del concurso, que en el segundo caso”.

REINTEGRO DE GASTOS

1.- STSJ DE CLM DE 17 DE OCTUBRE DE 2013, Nº 1202/2013. REINTEGRO DE GASTOS TRATAMIENTO ONCOLÓGICO.

Paciente a la que se le diagnosticó un tipo de liposarcoma mixto. Es sometida a intervención quirúrgica, y posteriormente tratamiento de radioterapia. La Inspección Médica expide autorización para ser

sometida en una clínica privada a tratamiento de radioterapia de alta resolución (tomoterapia). Sin embargo, y tras nuevas pruebas diagnósticas, el comité de tumores decide la reintervención previa al tratamiento de radioterapia.

Tras diversos reconocimientos, el coordinador de las unidades de oncología de Toledo y Talavera insiste en la necesidad de someter a la paciente al tratamiento de tomoterapia, pero el centro hospitalario de referencia no lo autoriza.

Finalmente la interesada decide acudir al centro sanitario privado y someterse al tratamiento de tomoterapia, tratamiento por el que abonó 14.560 € que ahora solicita que le sean reembolsados por el servicio de salud.

La Sala no comparte los argumentos de la recurrente ya que en este caso no estamos ante un supuesto de reintegro de gastos por urgencia vital, sino más bien ante una disconformidad con el tratamiento que a juicio de los médicos especialistas debía dispensársele. En ningún caso estamos ante una urgencia vital que por presentarse de modo inopinado, no ofreciese otra alternativa que acudir a un centro privado.

2.- STSJ DE BALEARES, Nº 451/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013. REEMBOLSO DE GASTOS POR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA EN FRANCIA.

Paciente intervenida quirúrgicamente en París por un nevus pigmentario congénito gigante en su pierna derecha. Fue debidamente autorizada por la seguridad social española, y lo que se discute es quién debe reembolsar a la interesada los gastos ocasionados de los que no se hace cargo la sanidad francesa, si el INSS por ser el órgano emisor del formulario E-112, o bien el Servicio de Salud.

El recurso interpuesto por el Ib-Salut es desestimado por cuestiones procesales aunque la Sala advierte que en todo caso el abono de los gastos sanitarios reclamados correspondería al Servicio de Salud por ser la entidad obligada a prestar la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la intervención del INSS en quién se centraliza la emisión de la autorización formalista, a través de la emisión del formulario E-112.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1.-GESTIÓN SANITARIA.

LA GESTIÓN CLÍNICA. DOCUMENTOS VARIOS.

El 24 de marzo se publicaba en el Diario Oficial de Galicia, el **Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud**, justo en un momento en el que está en pleno auge el debate sobre la utilización de esta antigua, y digo bien, fórmula organizativa.

En efecto, los profesionales sanitarios, gestores y directivos de los distintos Servicios Públicos de Salud, Colegios Profesionales, Sociedades Científicas y Organizaciones Sindicales, han redescubierto, catorce años después de que el INSALUD pusiera en marcha el proyecto piloto de la gestión clínica en seis de sus hospitales, las bondades y las desventajas de este modelo.

Para unos estamos asistiendo al intento enmascarado de retomar el proyecto de privatización de la sanidad pública a través de la progresiva laboralización del personal estatutario, como así parece atestiguarlo la reciente modificación del Estatuto Marco, mientras que para otros, la gestión clínica se convierte necesariamente en sinónimo de “*eficiencia*”, “*calidad*”, “*productividad*” y “*mejora asistencial*”.

En enero de 2014, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos publicó el documento “Bases para la Gestión Clínica en el SNS”, en el que subrayan las bondades de un sistema que está llamado a potenciar el papel protagonista de los profesionales sanitarios en la gestión de los recursos asignados. En términos similares se pronunció el **Sindicato CC.OO en su informe “Análisis y valoración de los presupuestos sanitarios previstos para el 2012 en las CCAA”,** en el que se recomendaba facilitar una mayor implicación de los profesionales en la gestión del sistema (gestión clínica).

Por el contrario, la **Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, en su documento “Unidades de Gestión Clínica, ¿un rodeo para la privatización sanitaria?”(2014)** advierte de los peligros que encierra la implantación de este modelo de gestión, una seria amenaza para la pervivencia del sistema sanitario público.

Sin embargo ninguno de estos escenarios se corresponde con los resultados obtenidos en las CCAA donde se ha aplicado profusamente esta herramienta de gestión, de modo que ni estamos ante la panacea a los problemas estructurales del sistema sanitario, ni por otra parte, ha comportado, allí donde se ha utilizado, el desmantelamiento de la sanidad pública (Andalucía). Luego, ¿cuál es el sentido a este debate si a lo largo de todos estos años no ha habido variaciones sustanciales en torno a lo que hemos de entender por “*gestión clínica*”?

Si se compara el documento elaborado por la **Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre “Unidades de Gestión Clínica” (2014)**, con el manual “*Gestión clínica en los centros del Insalud*” (Madrid 2001), podremos observar que apenas si existen diferencias relevantes en torno a su significación, límites, y alcance, más allá de la modificación del EM operada por la Ley 10/2013, de 24 de julio.

En efecto, el nuevo art. 65 bis del EM, que lleva por rúbrica “*servicios de gestión clínica*”, parece presuponer que la prestación de servicios en este tipo de unidades clínicas por parte de personal estatutario se llevará a cabo bajo el régimen jurídico laboral, si bien es cierto también que el art 63.1 del citado texto legal, en la redacción dada por la disposición final 5.1 de la Ley 10/2013, de 24 de julio, establece que el personal estatutario “*se hallará en servicio activo cuando preste los servicios correspondientes a su nombramiento como tal, o cuando desempeñe funciones de gestión clínica, cualquiera que sea el servicio de salud, institución o centro en el que se encuentre destinado*”.

2.- SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1.- DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO RELATIVO AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACIÓN DEL TRANSPORTE SANITARIO NO URGENTE.

El Consejo de Estado cuestiona abiertamente la aplicación del copago en una de las prestaciones que conforman el contenido de la cartera suplementaria del SNS: el transporte sanitario no urgente. La razón: no queda suficientemente acreditado en la

memoria económica el supuesto ahorro que la puesta en práctica de esta medida pueda suponer para las arcas públicas.

En efecto, según refiere la memoria económica del proyecto de RD y de la que se hace eco el Consejo de Estado en su dictamen, “*los ingresos que puede suponer la aportación pueden verse compensados por los costes de la gestión de su cobro*”. Por ello el Consejo Consultivo considera que debería llevarse a cabo una reevaluación del sistema que permita dotar de una mayor eficiencia, claridad y precisión, todo el régimen de gestión.

Al margen de consideraciones economicistas, habría que tener en cuenta el efecto desfavorable que, desde el punto de vista sanitario, representa la introducción del copago en esta modalidad de prestación sanitaria, como ya advirtió en su momento la Defensora del Pueblo.

¿Estamos ante una medida que favorece la inequidad en el acceso a la asistencia sanitaria, ya que son las rentas más bajas las que proporcionalmente contribuyen más que las altas, y los copagos recaen sobre los pacientes más consumidores (en especial ancianos)? O por el contrario, ¿se puede entender que con esta medida se frenaría el consumo irracional y abusivo de recursos sanitarios?

2.- TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO. CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN VÍCTOR GRIFOLS Nº 31.

Victoria Camps, presidenta de la Fundació y catedrática emérita de Filosofía Moral y Política de la UAB, en su presentación de este nuevo cuaderno de la Fundación Grifols, afirma: “*La publicidad otorga credibilidad a la gestión de los recursos públicos y la abre a la participación ciudadana*”.

La transparencia exige que el ciudadano tenga una mayor información, y una participación más creciente en las decisiones que afectan al sistema sanitario público, lo que comporta hacer públicos los resultados asistenciales y los datos de gestión. En este sentido, cabe destacar el ejemplo de Cataluña, que a través de la Central de Resultados recoge datos asistenciales por centros y patologías.

3.- BIOÉTICA.

1.- MAPA DE COMPETENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS PROFESIONALES EN BIOÉTICA. ESTRATEGIA EN BIOÉTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA 2011-2014. CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SANIDAD Y POLÍTICAS SOCIALES. JUNTA DE ANDALUCÍA.

Una prueba más de los muchos trabajos en bioética que viene llevando a cabo en los últimos años la Comunidad Autónoma de Andalucía lo constituye este *“Mapa de Competencias y Buenas Prácticas Profesionales en Bioética”*. Un documento verdaderamente interesante en el que se identifican las competencias en bioética y las buenas prácticas profesionales a partir de cinco bloques temáticos: los ciudadanos, la atención sanitaria, el profesional, la eficiencia y los resultados.

Así, en el bloque relativo a la ciudadanía, la competencia identificada sería aquella que se refiere a ser capaz de traducir al interior del mundo sanitario los principios y valores que la ciudadanía ha ido considerando y acordando como fundamentales. A su vez, y en relación con esa competencia profesional se identifican determinadas buenas prácticas, como *“proteger los derechos de los enfermos”* para lo que se debiera, entre otras actuaciones, *“ofrecer información sobre la existencia de un Comité de Ética Asistencial”*, o *“facilitar información sobre los procedimientos para ejercer el derecho de acceso a la historia de salud”*.

Merece una valoración positiva la inclusión, dentro de las *“buenas prácticas profesionales”* en el campo de la atención sanitaria, de las siguientes prácticas:

1.- *“Proteger a los pacientes de la obstinación terapéutica”* con el propósito de *“proteger a las personas enfermas que se encuentran en situación terminal o de agonía y a efectos de una enfermedad grave e irreversible, de medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, sin posibilidades de mejora o recuperación, siendo susceptibles de limitación”*.

2.- Consultar al Comité de Ética Asistencial de referencia cuando se le planteen al profesional sanitario conflictos éticos que no pueda resolver por sí solo/a tras un proceso deliberativo con otros profesionales.

2.- DECLARACIÓN DE HELSINKI DE LA AMM. PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS EN SERES HUMANOS. 64ª ASAMBLEA GENERAL. FORTALEZA, BRASIL. OCTUBRE 2013.

La Declaración de Helsinki de 1964 ha experimentado importantes modificaciones –ha habido hasta siete versiones y dos notas aclaratorias– la última la que ha tenido lugar en octubre de 2013.

El documento incorpora los principios generales que deben presidir la investigación biomédica, recordando lo que ya dijera la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica.

Tras estos principios generales, la DH agrupa su articulado en torno a diez epígrafes no enumerados, a saber: riesgos, costos y beneficios; grupos y personas vulnerables; requisitos científicos y protocolos de investigación; comités de ética de investigación; privacidad y confidencialidad; consentimiento informado; uso del placebo; estipulaciones post-ensayo; inscripción y publicación de la investigación y difusión de resultados; intervenciones no probadas en la práctica clínica.

En cuanto al fondo, cabría destacar:

1.- La regulación que hace el uso del placebo, que solo resulta admisible si no existe una intervención probada, o bien porque concurren razones metodológicas científicamente sólidas y convincentes, y resulte necesario para determinar la eficacia y la seguridad de una intervención.

En todo caso, se debe garantizar que los pacientes que reciben el placebo no correrán riesgos adicionales de daño grave o irreversible.

2.- La extensa regulación del consentimiento informado (apartados 25 a 32).

LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de **Lola González García**
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. 31 de marzo de 2015.
- Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. B.O.E. de 13 de junio de 2015.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. B.O.E. de 23 de julio de 2015.
- Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. B.O.E. de 23 de septiembre de 2015.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. B.O.E. de 03 de julio de 2015.
- Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. B.O.E. de 10 de julio de 2015.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. B.O.E. de 14 de julio de 2015.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. B.O.E. de 15 de julio de 2015.
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. B.O.E. de 25 de julio de 2015.
- Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. B.O.E. de 10 de septiembre de 2015.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. B.O.E. de 23 de septiembre de 2015.
- Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. B.O.E. de 2 de octubre de 2015.
- Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, B.O.E. 2 octubre 2015.
- Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado. B.O.E. de 15 de octubre de 2015.
- Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. B.O.E. de 20 de junio de 2015.
- Real Decreto 639/2015, de 10 de julio, por el que se regulan los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada. B.O.E. de 25 de julio de 2015.
- Real Decreto 668/2015, de 17 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. B.O.E. de 18 de julio de 2015.

- Real Decreto 851/2015, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. B.O.E. de 06 de octubre de 2015.
- Real Decreto 899/2015, de 9 de octubre. Modifica el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. B.O.E. de 10 de octubre de 2015.
- Real Decreto 901/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 843/2011, de 17-6-2011, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. B.O.E. de 10 de octubre de 2015.
- Real Decreto 1067/2015, de 27 de noviembre, por el que se crea la Agencia Estatal de Investigación y se aprueba su Estatuto. B.O.E. de 28 de noviembre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. B.O.E. de 25 de julio de 2015.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. B.O.E. de 24 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. B.O.E. de 24 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. B.O.E. de 24 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. B.O.E. de 31 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. B.O.E. de 31 de octubre de 2015.
- Orden de 12 de mayo de 2015, por la que se modifica la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo. B.O.E. de 22 de mayo de 2015.
- Orden de 18 de mayo de 2015 por la que se convocan subvenciones a entidades de cualquier titularidad, sin ánimo de lucro, destinadas a la financiación de programas de prevención y control de la infección por VIH y sida para el año 2015. B.O.E. de 27 de mayo de 2015.
- Orden de 29 de mayo de 2015 por la que se modifica la Orden JUS/836/2013, de 7 de mayo, por la que se regula el procedimiento de notificación de las altas, bajas y modificaciones de fichas toxicológicas al registro de productos químicos del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y de liquidación de la tasa prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. B.O.E. de 30 de mayo de 2015.
- Orden SSI/1091/2015, de 2 de junio. Incluye determinadas sustancias en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6-10-1977, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación. B.O.E. de 12 de junio de 2015.
- Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. B.O.E. de 20 de junio de 2015.
- Orden SSI/1356/2015, de 2 de julio, por la que se modifican los anexos II, III y VI 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, y se regulan los estudios de monitorización de técnicas, tecnologías y procedimientos. B.O.E. de 08 de julio de 2015.

- Orden SSI/2160/2015, de 14 de octubre, por la que se procede a la actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. B.O.E. de 17 de octubre de 2015.
- Orden SSI/2420/2015, de 11 de noviembre, por la que se actualiza el catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud. B.O.E. 17 de noviembre de 2015.
- Orden HAP/2553/2015, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Orden EHA/2219/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el sistema de firma electrónica de clave concertada para actuaciones en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro.
- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011. B.O.E. 28 de noviembre de 2015.
- Resolución de 4 de mayo de 2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2015. B.O.E. de 14 de mayo de 2015.
- Resolución de 12 de junio de 2015, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios y actividades del organismo. B.O.E. de 29 de junio de 2015.
- Resolución de 31 de julio de 2015, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 12 de junio de 2015, por la que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios y actividades del organismo. B.O.E. de 05 de septiembre de 2015.
- Resolución de 16 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. B.O.E. 18 de septiembre de 2015.
- Resolución de 3 de septiembre de 2015, de la D.G de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, por la que se establecen los requisitos específicos de los estudios de monitorización incluidos en el anexo II de la Orden SSI/1356/2015, de 2 de julio, por la que se modifican los anexos II, III y VI 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, y se regulan los estudios de monitorización de técnicas, tecnologías y procedimientos. B.O.E. de 22 de septiembre de 2015.
- Resolución de 3 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre acreditación de centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. B.O.E. de 16 de noviembre de 2015.
- Instrucción de 9 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios. B.O.E. de 14 de octubre de 2015.
- Acuerdo Administrativo entre el Ministerio español de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Organización Mundial de la Salud para llevar a cabo actividades de cooperación en materia de donación y trasplante de órganos, células y tejidos humanos al amparo del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la Organización Mundial de la Salud de 12 de septiembre de 2001, hecho en Madrid y Ginebra el 15 de octubre de 2015. B.O.E. de 17 de noviembre de 2015.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud. B.O.J.A. de 15 de julio de 2015.

- Decreto 368/2015, de 4 de agosto, por el que se regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el procedimiento de autorización y el registro de proyectos de investigación. B.O.J.A. de 06 de agosto de 2015.
- Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, de la Consejería de la Presidencia y Administración Local, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. B.O.J.A. de 02 de octubre de 2015.
- Orden de 10 de junio de 2015, por la que se regula la acreditación de la identidad de los Agentes de Salud Pública de la Junta de Andalucía. B.O.J.A. de 16 de junio de 2015.
- Orden de 15 de junio de 2015, por la que se crea en el ámbito de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales el fichero de datos de carácter personal denominado «Donantes de Muestras para la Investigación Biomédica en Andalucía». B.O.J.A. de 23 de junio de 2015.
- Orden de 13 de octubre 2015. Modifica el Anexo de la Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social de 2-10-2012, por la que se habilitan las sedes del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. B.O.J.A. de 19 de octubre de 2015.
- Orden de 12 de noviembre de 2015, por la que se modifica la Orden de 19 de diciembre de 1996, por la que se desarrolla el sistema de vigilancia epidemiológica en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria. B.O.J.A. de 24 de noviembre de 2015.
- Orden de 18 de noviembre de 2015, por la que se modifica la Orden de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía. B.O.J.A. de 24 de noviembre de 2015.
- Resolución de 12 de junio de 2015, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica parcialmente el texto refundido y actualizaciones del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad suscrito el 18 de mayo de 2010 entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales –SATSE, CC.OO., UGT, CSI-CSIF, SMA y USAE–, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud. B.O.J.A. de 22 de junio de 2015.
- Resolución de 12 de mayo de 2015, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. B.O.J.A. de 15 de mayo de 2015.

ARAGÓN

- Decreto 93/2015, de 5 de mayo. Regula los requisitos y el procedimiento para la dispensación de los Sistemas Personalizados de Dosificación en las oficinas de farmacia en Aragón. B.O.A. de 14 de mayo de 2015.
- Decreto 297/2015, de 4 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas para la inclusión de personas con discapacidad en el ámbito de la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. de 13 de noviembre de 2015.
- Orden de 11 de mayo 2015, Dispone la publicación del convenio de colaboración entre el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) y el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, para la constitución y desarrollo de una unidad docente con el fin de formar médicos especialistas en Medicina Preventiva y Salud Pública. B.O.A. de 01 de junio de 2015.
- Orden de 30 de junio 2015 por la que se aprueba el modelo de declaración responsable de los Sistemas Personalizados de Dosificación en oficinas de farmacia en Aragón. B.O.A. de 15 de julio de 2015.
- Orden de 15 de octubre 2015. Aprueba el calendario de vacunaciones sistemáticas en la infancia y adolescencia, de aplicación en la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. de 26 de noviembre de 2015.

- Instrucciones de 7 de agosto de 2015, del consejero de sanidad, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del SNS.

ASTURIAS

- Decreto 26/2015, de 8 de abril, de organización y funcionamiento del Comité asesor del cribado neonatal de enfermedades endocrino-metabólicas del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 14 de abril de 2015.
- Decreto 31/2015, de 29 de abril, por el que se regulan la participación profesional y las comisiones clínicas en las áreas sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 07 de mayo de 2015.
- Decreto 34/2015, de 7 de mayo, por el que se establece el procedimiento de aplicación del índice Corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia. B.O.P.A. de 15 de mayo de 2015.
- Decreto 167/2015, de 16 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los órganos de dirección y gestión del Servicio de Salud de Principado de Asturias. B.O.P.A. de 24 de septiembre de 2015.
- Decreto 187/2015, de 19 de noviembre, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior de formación profesional de Higiene Bucodental. B.O.P.A. de 27 de noviembre de 2015.
- Decreto 188/2015, de 19 de noviembre, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior de formación profesional de Laboratorio Clínico y Biomédico. B.O.P.A. de 27 de noviembre de 2015.
- Decreto 189/2015, de 19 de noviembre, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior de formación profesional de Anatomía Patológica y Citodiagnóstico. B.O.P.A. de 27 de noviembre de 2015.
- Resolución de 22 de mayo 2015, Establece estrategias en materia de salud escolar. B.O.P.A. de 04 de junio de 2015.
- Resolución de 30 de septiembre de 2015, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, por la que se declara la adecuación a la legalidad de

los Estatutos del Colegio Profesional de Fisioterapeutas del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 16 de octubre de 2015.

- Resolución de 23 de noviembre 2015. Autoriza, dispone y reconoce la obligación en concepto de devolución de las aportaciones superiores a los límites máximos establecidos realizadas entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2015. B.O.P.A. de 30 de noviembre de 2015.

BALEARES

- Decreto 12/2015, de 2 de julio, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. B.O.I.B. de 02 de julio de 2015.
- Decreto 30/2015, de 8 de mayo. Regula los procedimientos para la autorización y apertura de nuevas oficinas de farmacia. B.O.I.B. de 09 de mayo de 2015.
- Decreto 81/2015, de 25 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. de 26 de septiembre de 2015.
- Decreto 86/2015, de 23 de octubre, por el que se crea la Comisión Farmacoterapéutica del Servicio de Salud de las Illes Balears y regula su composición, organización y funcionamiento. B.O.I.B. de 23 de octubre de 2015.
- Orden de 10 de noviembre 2015 de la Consejera de Salud de creación de ficheros, modificación de algunos existentes y supresión de ficheros que contienen datos de carácter personal de la Consejería de Salud. B.O.I.B. de 21 de Noviembre de 2015.
- Resolución de 21 de mayo 2015, por la que se crea el Comité Técnico de Diagnóstico Genético Preimplantacional de las Islas Baleares. B.O.I.B. de 30 de mayo de 2015.
- Resolución de 18 de junio de 2015, del director general del Servicio de Salud por la que se aprueba la tabla que debe aplicarse para valorar los méritos para que el personal sanitario del grupo A1 del Servicio de Salud ascienda de grado en la carrera profesional. B.O.I.B. de 02 de julio de 2015.

- Resolución de 28 de septiembre de 2015 del Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la que se delegan diferentes competencias en determinados órganos del Servicio de Salud. B.O.I.B. de 29 de septiembre de 2015.
- Acuerdo de 8 de mayo 2015. Ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 5 de mayo de 2015 por el que aprueba el inicio de la fase ordinaria del sistema de carrera profesional del personal de gestión y servicios del Servicio de Salud de las Islas Baleares. B.O.I.B. de 09 de mayo de 2015.
- Acuerdo de 26 de mayo 2015. Creación de ficheros que contienen datos de carácter personal del Consorcio de Recursos Sociosanitarios y Asistenciales de las Islas Baleares. B.O.I.B. de 02 de junio de 2015.
- Acuerdo de 6 de noviembre de 2015 del Consejo de Gobierno por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 28 de octubre de 2015 por el que se aprueban las bases para reactivar la carrera profesional del personal estatutario del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. de 7 de noviembre de 2015.
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2015 por el que se establece el nuevo horario general de los centros de salud de atención primaria. B.O.I.B. de 21 noviembre de 2015.
- Acuerdo de 27 de noviembre de 2015 del Consejo de Gobierno por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 13 de noviembre de 2015 por el que se establece una nueva jornada ponderada anual desde el 1 de enero de 2015 en el Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. de 28 de Noviembre de 2015.
- Instrucción de 17 de julio de 2015 del director general del Servicio de Salud por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. de 20 de julio de 2015.

CANARIAS

- Decreto 157/2015, de 18 de junio, que aprueba el Reglamento por el que se regula la utilización de desfibriladores semiautomáticos y automáticos externos por los primeros intervinientes en la Comunidad Autónoma de Canarias. B.O.C. de 06 de julio de 2015.
- Orden de 19 de mayo 2015, Modifica la Orden de 16-1-1997 que regula el reconocimiento de oficialidad de los cursos que en materia de sanidad y asuntos sociales se celebren en la Comunidad Autónoma de Canarias. B.O.C. de 08 de junio de 2015.
- Orden de 17 de agosto 2015, Modifica los Anexos I, II y III del Decreto 165/1998, de 24-9-1998, por el que se crea la Red Canaria de Vigilancia Epidemiológica y se establecen las normas para regular su funcionamiento, referentes a la lista de enfermedades de declaración obligatoria, procedimientos y modalidades de declaración. B.O.C. de 26 de agosto de 2015.
- Orden de 12 de noviembre de 2015, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal relativos a la gestión de prevención de riesgos laborales de las Unidades de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Sanidad. B.O.C. de 23 de noviembre de 2015.
- Resolución de 24 de abril 2015. Hace público el Acuerdo del Consejo de este Organismo de 24 de abril de 2015, que actualiza las tarifas de los derivados plasmáticos, modificando parcialmente las Resoluciones de 25-11-2008 y de 10-9-2012. B.O.C. de 11 de mayo de 2015.
- Resolución de 10 de junio de 2015, de la Secretaría General, por la que se incorporan nuevos procedimientos a la sede electrónica del Servicio Canario de la Salud. B.O.C. de 18 de junio de 2015.
- Resolución de 30 de octubre de 2015, del Secretario General, por la que se dispone la publicación del Convenio de Colaboración entre el Instituto de Salud Carlos III y el Servicio Canario de la Salud para el desarrollo de actividades de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud. B.O.C. de 11 de noviembre de 2015.

CANTABRIA

- Ley de Cantabria 4/2015, 23 de noviembre, de Creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Cantabria. B.O.C. de 1 de diciembre de 2015.
- Decreto 31/2015, de 14 de mayo, por el que se aprueba la Política de Seguridad de la Información de la Administración de Cantabria. B.O.C. de 25 de mayo de 2015.
- Decreto 40/2015, de 22 de mayo, Regula la concesión directa de subvención a personas afectadas de hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamientos con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario en la Comunidad Autónoma de Cantabria y que estén incluidas en el censo definitivo previsto en el artículo 80 de la Ley 55/1999, de 29-12-1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. B.O.C. de 04 de junio de 2015.
- Orden SAN/32/2015, de 21 de mayo, Establece el procedimiento de integración del Personal Estatutario Fijo e Interino de las Instituciones Sanitarias de Servicio Cántabro de Salud, en la categoría de Enfermero/a de Salud Mental. B.O.C. de 04 de junio de 2015.
- Orden SAN/31/2015, de 21 de mayo, Modifica en el ámbito de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud la denominación de la categoría estatutaria ATS/DUE por la de Enfermero/a. B.O.C. de 03 de junio de 2015.
- Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública. B.O.C. de 17 de agosto de 2015.
- Resolución de 27 de abril 2015 Dispone la publicación del Convenio entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre la financiación complementaria del Plan Director del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, de Santander. B.O.C. de 11 de mayo de 2015.
- Resolución por la que se dispone la publicación del Acuerdo entre el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la Comunidad Autónoma de

Cantabria para la adhesión al Sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, a través del procedimiento especial de adopción de tipo. B.O.C. de 10 de mayo de 2015.

- Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, por la que se delegan competencias en los Subdirectores del Servicio Cántabro de Salud, así como en los Directores Gerentes de los órganos periféricos del mismo organismo. B.O.C. de 20 de octubre de 2015.
- Resolución disponiendo la inscripción y publicación del acuerdo de la Mesa General de Negociación previsto en el artículo 36.3 del EBEP, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. B.O.C. de 5 de noviembre de 2015.

CASTILLA – LA MANCHA

- Decreto 27/2015, de 14/05/2015, por el que se regula la organización y funcionamiento del servicio de atención y coordinación de urgencias y emergencias 1-1-2 de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. de 19 de mayo de 2015.
- Decreto 83/2015, de 14 de julio de 2015, de estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad. D.O.C.M. de 16 de julio de 2015.
- Decreto 166/2015, de 14 de julio de 2015, de estructura orgánica y funciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. de 16 de julio de 2015.
- Orden de 08/06/2015, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se aprueba el Plan Especial de Protección Civil ante el Riesgo Radiológico en Castilla-La Mancha (Radiocam). D.O.C.M. de 15 de junio de 2015.
- Orden de 10 de agosto de 2015, de la Consejería de Sanidad, de delegación de competencias en los órganos directivos y de apoyo de la consejería y del régimen de sustitución de las personas titulares de las direcciones provinciales y de las secretarías provinciales. D.O.C.M. de 12 de agosto de 2015.
- Resolución de 6 de noviembre de 2015, de la Dirección-Gerencia, sobre delegación de competencias. D.O.C.M. de 25 de noviembre de 2015.

- Resolución de 6 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, sobre delegación de competencias. D.O.C.M. de 25 de noviembre de 2015.
- Resolución de 12 de noviembre 2015, por la que se modifica el contenido de la prestación ortoprotésica para los beneficiarios del Sescam. D.O.C.M. de 26 de noviembre de 2015.
- Acuerdo de 10 de noviembre 2015. Autoriza la superación de los límites previstos en el artículo 7.1 de la Ley 53/1984, de 26-12-1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. D.O.C.M. de 19 de noviembre de 2015.
- Decreto 169/2015, de 21 de julio. Establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos. D.O.G.C. de 23 de julio de 2015.
- Decreto 201/2015, de 15 de septiembre, de los órganos de participación comunitaria en el sistema sanitario público de Cataluña. D.O.G.C. de 17 de septiembre de 2015.
- Decreto 202/2015, de 15 de septiembre, de los órganos de dirección, de asesoramiento y de consulta y participación en el ámbito de salud pública. D.O.G.C. de 17 de septiembre de 2015.
- Decreto 203/2015, de 15 de septiembre, Crea la Red de Vigilancia Epidemiológica y regula los sistemas de notificación de enfermedades de declaración obligatoria y brotes epidémicos. D.O.G.C. de 17 de septiembre de 2015.

CASTILLA Y LEÓN

- Decreto 47/2015, de 23 de julio, por el que se modifica el Decreto 287/2001, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 24 de julio de 2015.
- Decreto 69/2015, de 12 de noviembre, por el que se crea y regula el Comité de Ética de los Servicios Sociales de Castilla y León. B.O.C.Y.L. 16 de noviembre de 2015.
- Orden de 29 de abril de 2015. Crea el Comité de Evaluación de los profesionales que finalizan su residencia en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y se establecen los criterios de evaluación. B.O.C.Y.L. de 08 de mayo de 2015.
- Orden SAN/744/2015, de 7 de septiembre, por la que se determina la atención farmacéutica continuada de las oficinas de farmacia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 10 de septiembre de 2015.
- Orden SAN/848/2015, de 2 de octubre, por la que se crean Demarcaciones Asistenciales Médicas y de Enfermería en Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 19 de octubre de 2015.
- Decreto 237/2015, de 10 de noviembre, de ampliación de los medios económicos transferidos por la Generalidad de Cataluña al Conselh General d'Aran en materia de sanidad. D.O.G.C. de 12 noviembre 2015.
- Orden de 21 de abril de 2015. Actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14-12-2010, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña. D.O.G.C. 08 de mayo de 2015.
- Orden de 30 de abril de 2015, por la que se hace pública la relación de tasas vigentes que gestionan el Departamento de Salud y sus organismos y entidades dependientes. D.O.G.C. 12 de mayo de 2015.
- Orden de 4 de junio, del servicio prelaboral para personas con problemática social derivada de enfermedad mental. D.O.G.C. de 16 de junio de 2015.
- Orden SLT/169/2015, de 27 de mayo. Determina para el año 2015 la cápita media correspondiente al sistema de contraprestación de la atención especializada familiar y comunitaria y de salud pública en el ámbito de la atención primaria. D.O.G.C. de 09 de junio de 2015.
- Orden SLT/318/2015, de 7 de octubre. Establece el precio máximo de los productos sanguíneos. D.O.G.C. de 20 de octubre de 2015.

CATALUÑA

- Decreto 165/2015, de 21 de julio, de formación sanitaria especializada en Cataluña. D.O.G.C. de 23 de julio de 2015.
- Orden de 20 de octubre de 2015, por la que se regula el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña. D.O.G.C. de 30 de octubre de 2015.

- Orden SLT/341/2015, de 11 de noviembre, por la que se crea el Comité Coordinador de la Seguridad de la Información del Departamento de Salud D.O.G.C. de 18 de noviembre de 2015.
- Acuerdo de 26 de mayo. Crea el repositorio institucional Scientia, Depósito de Información Digital del Departamento de Salud. D.O.G.C. 28 de mayo de 2015.
- Acuerdo GOV/111/2015, de 14 de julio, por el que se autoriza la creación del consorcio Hospital Clínic de Barcelona y se aprueban sus Estatutos. D.O.G.C. de 22 de julio de 2015.
- Acuerdo 15/2015, de 19 de marzo, de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud, por el que se acuerda la estructura de la Dirección de Recursos Humanos. D.O.G.C. de 31 de julio de 2015.
- Acuerdo GOV/128/2015, de 4 de agosto, por el que se aprueba la modificación y la adaptación de los Estatutos del Consorcio Instituto de Investigaciones Biomédicas August Pi i Sunyer. D.O.G.C. de 06 de agosto de 2015.
- Acuerdo GOV/137/2015, de 25 de agosto, por el que se declara de interés público el desarrollo de otro puesto de trabajo o actividad pública en el ámbito de la investigación en salud por parte de los profesionales sanitarios que desarrollan una actividad asistencial en el sistema público de salud de Cataluña. D.O.G.C. de 27 de agosto de 2015.
- Acuerdo GOV/154/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueba la modificación y adaptación legal de los Estatutos del Consorcio Parque de Investigación Biomédica de Barcelona (PRBB). D.O.G.C. de 01 de octubre de 2015.
- Instrucción 8/2015 sobre Acceso a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña, que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del SNS. www.catsalud.cat
- Resolución SLT/2246/2015, de 15 de septiembre, por la que se hace pública la relación de los convenios de colaboración firmados por el Instituto Catalán de la Salud en el primer semestre del año 2015. D.O.G.C. de 15 de octubre de 2015.
- Resolución SLT/2313/2015, de 8 de octubre, por la que se hace público el encargo de gestión que el Departamento de Salud realiza a la empresa pública Gestión y Prestación de Servicios de Salud para proveer tratamientos directamente observados de enfermedades infecciosas y formar al personal sanitario en la atención a las personas con tuberculosis en la Región Sanitaria de El Camp de Tarragona. D.O.G.C. de 22 de octubre de 2015.
- Resolución SLT/2376/2015, de 17 de septiembre, por la que se delega en la Gerencia de Atención Ciudadana del Servicio Catalán de la Salud la toma en consideración, la gestión y la atención de las solicitudes de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte de los ciudadanos en relación con los datos que contiene la historia clínica compartida de Cataluña. D.O.G.C. de 29 de octubre de 2015.

EXTREMADURA

- Decreto 109/2015, de 19 de mayo, por el que se regula la producción y gestión de los residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. de 25 de mayo de 2015.
- Decreto 231/2015, de 31 de julio, por el que se modifica el Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo del Servicio Extremeño de Salud. D.O.E. de 01 de agosto de 2015.
- Orden de 21 de mayo de 2015 por la que se convocan premios a las buenas prácticas de promoción y educación para la salud para el año 2015. D.O.E. de 12 de junio de 2015.
- Resolución de 10 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Planificación, Formación y Calidad Sanitarias y Sociosanitarias, por la que se renueva la autorización de funcionamiento del Banco de Sangre de Extremadura de Mérida para el Programa de Donación y Obtención de Sangre de Cordon Umbilical. D.O.E. de 30 de septiembre de 2015.

GALICIA

- Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales. D.O.G. de 16 de julio de 2015.

- Decreto 81/2015, de 28 de mayo, Modifica el Decreto 63/2013, de 11-4-2013, por el que se regulan los comités de ética de la investigación en Galicia. D.O.G. de 12 de junio de 2015.
- Decreto 112/2015, de 31 de julio, por el que se crea la Agencia Gallega para la Gestión del Conocimiento en Salud y se aprueban sus estatutos. D.O.G. de 19 de agosto de 2015.
- Decreto 142/2015, de 17 de septiembre, por el que se crea la Agencia Gallega de Sangre, Órganos y Tejidos y se aprueban sus estatutos. D.O.G. de 15 de octubre de 2015.
- Orden de 11 de mayo 2015. Crea el Registro Gallego del Infarto Agudo de Miocardio. D.O.G. de 15 de mayo de 2015.
- Orden de 29 de mayo 2015, Modifica la Orden de 17-12-2013, que regula la composición y el funcionamiento de la Comisión gallega para evaluación del manejo de la tuberculosis resistente a fármacos. D.O.G. de 08 de junio de 2015.
- Orden de 23 de julio de 2015 por la que se aprueba el plan de ordenación de recursos humanos de determinados servicios no clínicos de la estructura organizativa de gestión integrada de Vigo. D.O.G. de 24 de julio de 2015.
- Orden de 16 de octubre de 2015 por la que se regulan las funciones, la composición y el funcionamiento del Consejo de Bioética de Galicia. D.O.G. de 27 de octubre de 2015.
- Decreto 210/2015, de 29 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, y el Decreto 196/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. de 30 de septiembre de 2015.
- Decreto 211/2015, de 29 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. de 30 de septiembre de 2015.
- Orden 571/2015, de 9 de junio, del Consejero de Sanidad, por la que se crea el Sistema de Información de Enfermedades Raras de la Comunidad de Madrid (SIERMA) y se establece el procedimiento de comunicación, por parte de los centros y profesionales sanitarios, para su inclusión en el SIERMA. B.O.C.M. de 18 de junio de 2015.
- Orden 1285 Bis/2015, de 3 de junio, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal denominado “Historias Clínicas del Programa de Inserción Sociolaboral”. B.O.C.M. de 29 de junio de 2015.

MADRID

- Decreto 46/2015, de 7 de mayo, por el que se regula la coordinación en la prestación de la atención temprana en la Comunidad de Madrid y se establece el procedimiento para determinar la necesidad de atención temprana. B.O.C.M. de 11 de mayo de 2015.
- Decreto 50/2015, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 37/2006, de 4 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Instituto de Medicina Legal de la Comunidad de Madrid y se aprueba su Reglamento. B.O.C.M. de 22 de mayo de 2015.
- Decreto 53/2015, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la constitución de la Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica de Atención Primaria de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. de 22 de mayo de 2015.
- Acuerdo de 21 de mayo 2015, Aprueba el Acuerdo de 14-4-2015, de la Mesa Sectorial de Sanidad sobre personal del SUMMA 112. B.O.C.M. de 08 de junio de 2015.
- Acuerdo de 17 de noviembre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se delega en el titular de la Viceconsejería de Sanidad la competencia para la autorización del gasto correspondiente a las prestaciones farmacéuticas para los beneficiarios de la Seguridad Social, incluidas en las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. de 20 de noviembre de 2015.
- Acuerdo de 4-11-2015, de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Madrid para el abono de las cantidades pendientes de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 y

la concesión de días adicionales de permiso por asuntos particulares y de vacaciones por antigüedad. B.O.C.M. de 2 de diciembre de 2015.

MURCIA

- Ley 17/2015, de 24 de noviembre, Modifica la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, del Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. de 27 de noviembre de 2015.
- Decreto 109/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad. B.O.R.M. de 11 de julio de 2015.
- Decreto 223/2015, de 16 de septiembre, por el que se establecen los criterios de gestión y funcionamiento del Sistema de Información sobre Enfermedades Raras de la Región de Murcia. B.O.R.M. 18 de septiembre de 2015.
- Decreto 224/2015, de 16 de septiembre, de Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 109/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad. B.O.R.M. 18 de septiembre de 2015.
- Decreto 228/2015, de 16 de septiembre, de Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. 18 de septiembre de 2015.
- Orden de 14 de mayo de 2015, Modifica la Orden de 24-4-2009 de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se establece el mapa sanitario de la Región de Murcia y se adecúa la Orden de 17-7-2014 de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se actualiza y aprueba la clasificación y relación de las zonas farmacéuticas de la Región de Murcia. B.O.R.M. de 26 de mayo de 2015.
- Orden de 22 de junio 2015. Modifica la Orden de 17-5-2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados. B.O.R.M. de 03 de julio de 2015.
- Resolución de 8 de mayo 2015. Ordena la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del acuerdo del Consejo de Administración por el que se ratifica el alcanzado en la

Mesa Sectorial de Sanidad sobre la consolidación en la plantilla del Servicio Murciano de Salud de los puestos de trabajo que atienden necesidades permanentes en los centros de atención especializada a través de nombramientos eventuales. B.O.R.M. de 15 de mayo de 2015.

- Resolución de 13 de noviembre de 2015 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes. B.O.R.M. de 17 de noviembre de 2015.

NAVARRA

- Decreto Foral 171/2015, de 3 de septiembre Aprueba los Estatutos del Servicio Navarro de Salud Osasunbidea. B.O.N. de 04 de septiembre de 2015.
- Decreto Foral 242/2015, de 14 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 63/2012, de 18 de julio, por el que se crea y se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra. B.O.N. de 22 de octubre de 2015.
- Orden Foral 51/2015, de 23 de abril. Establece fórmula de colaboración entre el personal sanitario jubilado y el Departamento de Salud. B.O.N. de 09 de junio de 2015.
- Orden Foral 56/2015, de 12 de mayo. Establece la estructura orgánica del Servicio de Enfermería del Hospital Reina Sofía de Tudela. B.O.N. de 09 de junio de 2015.
- Orden Foral 60/2015, de 19 de mayo. Aprueba las normas de gestión de las listas de aspirantes a la contratación temporal en los centros y establecimientos de los organismos autónomos adscritos al Departamento de Salud. B.O.N. de 29 de mayo de 2015.
- Orden Foral 224/2015, de 8 de octubre, Crea la Comisión Asesora Técnica de Genética y Reproducción de Navarra. B.O.N. de 16 noviembre 2015.

PAÍS VASCO

- Decreto Foral 32/2015, del Consejo de Diputados de 2 de junio, que regula el acceso a la Unidad Residencial Sociosanitaria del Territorio Histórico de Álava.
- Decreto 117/2015, de 30 de junio, de equivalencia de títulos y certificados de idiomas en los procesos de selección y provisión de puestos de trabajo de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos. B.O.P.V. 08 de julio de 2015.
- Decreto 135/2015, de 7 de julio. Sobre el régimen de autorización y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica en la Comunidad Autónoma de Euskadi. B.O.P.V. 10 de julio de 2015.
- Decreto 147/2015, de 21 de julio, por el que se aprueba la Declaración sobre Derechos y Deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi. B.O.P.V. 04 de agosto de 2015.
- Orden de 24 de abril 2015. Modifica la Orden de 5-12-2002, que da publicidad a la clasificación de las zonas farmacéuticas con indicación de los municipios comprendidos en cada una de ellas. B.O.P.V. de 18 de mayo de 2015 Comunidad Foral de Navarra
- Orden de 13 de octubre 2015. Incorporan nuevas variables al conjunto Mínimo Básico de Datos del Alta Hospitalaria y establece el calendario de su incorporación a las actividades de Atención Sanitaria Especializada. B.O.P.V. de 30 de octubre de 2015.
- Acuerdo de 10 de junio de 2015, del Consejo de Administración del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, por el que se regulan los ficheros de carácter personal gestionados por Osakidetza-Servicio vasco de salud. B.O.P.V. 07 de julio de 2015.

LA RIOJA

- Decreto 85/2015, de 11 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud. B.O.L.R. de 14 de septiembre de 2015.

VALENCIA

- Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 29 de junio de 2015.
- Decreto 64/2015, de 8 de mayo, del Consell, por el que se crea y regula el Registro Autonómico de Certificaciones en Calidad de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de la Comunitat Valenciana y el Catálogo Autonómico de Entidades en Salud de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 13 de mayo de 2015.
- 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. D.O.G.C. de 21 de abril de 2015.
- Decreto 79/2015, de 22 de mayo, del Consell, por el que se regula el Consejo de Salud de la Comunitat Valenciana y los consejos de salud de los departamentos de salud. D.O.C.V. de 25 de mayo de 2015.
- Decreto 80/2015, de 22 de mayo, del Consell, por el que se crea y regula el Comité de Pacientes de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 25 de mayo de 2015.
- Decreto 7/2015, de 29 de junio, del president de la Generalitat, por el que determina las consejerías en que se organiza la administración de la Generalitat. D.O.C.V. de 30 de junio de 2015.
- Decreto-Ley 4/2015, de 4 de septiembre, Establece medidas urgentes derivadas de la aplicación de las disposiciones adicional decimoquinta y transitorias primera y segunda de la Ley 27/2013, de 27-12-2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, relativas a la educación, salud y servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 08 de septiembre de 2015.
- Decreto 156/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública. D.O.C.V. de 22 de septiembre de 2015.

- Orden 5/2015, de 5 de junio, de la Consellería de Sanidad, por la que se regulan los dispositivos organizativos que realizan consejo genético en cáncer en la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 29 de junio de 2015.
- Resolución de 29 de mayo 2015. Aprueba el Plan de Inspección de Servicios Sanitarios para el año 2015. D.O.C.V. 30 de junio de 2015.
- Resolución 10-/IX/2015, de 9 de septiembre. Convalida del Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 21 de septiembre de 2015.
- Resolución de 6 de octubre de 2015, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se delegan competencias en materia de contratación administrativa y de gestión económica en determinados órganos de la consellería. D.O.C.V. de 20 de octubre de 2015.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a (dlarios@jccm.es y mdgonzalezg@sescam.jccm.es), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
 Facultad de Derecho
 Plaza de la Universidad nº 1
 02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: _____
 Departamento/Servicio: _____
 Número de ejemplares: _____
 Dirección: _____
 Código Postal: _____
 Población: _____
 Teléfono/s: _____
 Fax: _____
 Dirección e-mail: _____
 DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: _____
 NIF del titular: _____
 Entidad Bancaria: _____
 Oficina: _____
 Dirección oficina: _____
 Código Entidad: (4 dígitos)
 Código Sucursal: (4 dígitos)
 Dígitos de Control: (2 dígitos)
 Cuenta: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".